

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

VINÍCIUS JOSÉ DE SOUZA FAQUETI

**ANÁLISE DO SHOPPING CENTER SEGUNDO A TEORIA DE EMPRESA:
FUNDO DE COMÉRCIO, AVIAMENTO E CLIENTELA**

**Florianópolis
2016**

VINÍCIUS JOSÉ DE SOUZA FAQUETI

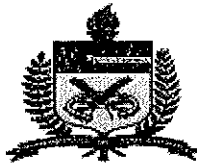
**ANÁLISE DO SHOPPING CENTER SEGUNDO A TEORIA DE EMPRESA:
FUNDO DE COMÉRCIO, AVIAMENTO E CLIENTELA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina, como requisito à
obtenção do título de Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Orlando Celso da Silva Neto

**Florianópolis
2016**

“O dado lógico proveniente das demonstrações produz, na alma daquele que bem seguiu a cadeia demonstrativa, uma fé tão vigorosa que ela não lhe permite sequer imaginar que o objeto demonstrado possa ser diferente do que é, e o subtrai à influência das dúvidas que querem se insinuar em nosso espírito para nos enganar.”

Clemente de Alexandria



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno: Vinícius José de Souza Faqueti

RG: 5.466.026

CPF: 076.066.029-00

Matrícula: 11201191

Título do TCC: Análise do shopping center segundo a teoria da empresa: fundo de comércio, aviamento e clientela

Orientador: Orlando Celso da Silva Neto

Eu, Vinícius José de Souza Faqueti, acima qualificado, venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 25 de julho de 2016

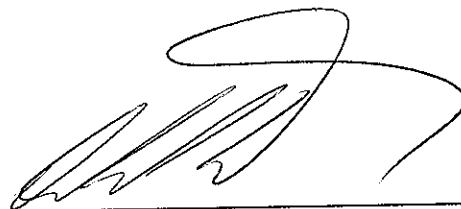

VINÍCIUS JOSÉ DE SOUZA FAQUETI

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

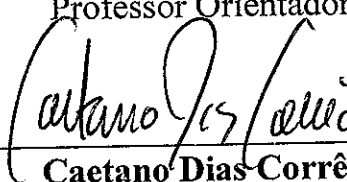
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “Análise do Shopping Center Segundo a Teoria de Empresa: Fundo de Comércio, Aviamento e Clientela”, elaborado pelo acadêmico Vinícius José de Souza Faqueti, defendido em 25/07/2016 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

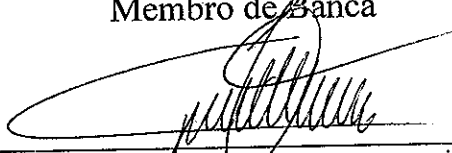
Florianópolis, 25 de julho de 2016.



Orlando Celso da Silva Neto
Professor Orientador



Caetano Dias Corrêa
Membro de Banca



Guilherme Trilha Philippa
Membro de Banca

RESUMO

O presente trabalho procura identificar, nas relações travadas entre empreendedor de shopping center e lojista, quais os limites do fundo de comércio de cada uma das empresas envolvidas, bem como suas formas de produção de valor e clientela. Por seu objetivo, busca responder a quem pertence o fundo de comércio e as formas de aviamento e conquista de clientela do shopping center, em contraposição ao lojista. Quanto à estes últimos objetivos, tenta traçar as dificuldades encontradas na doutrina nacional para sua identificação. Utiliza-se método de abordagem dialética e indutiva e o procedimento monográfico, por meio de técnica de documentação indireta, envolvendo pesquisa bibliográfica e pesquisa documental. Na abordagem do tema, parte-se do estudo da teoria da empresa, a fim de identificar os elementos, características e natureza do fundo de comércio. Após, busca-se determinar as características de um shopping center, partindo de sua conceituação e natureza jurídica. Prossegue com análise do fundo de comércio de um shopping center bem como dos contratos por ele firmados. Por fim, busca-se analisar a resposta atingida para o problema inicial, bem como as razões que impossibilitam uma resposta completa.

Palavras-chave: Teoria de empresa. Shopping Center. Fundo de comércio. Aviamento. Clientela.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 – EMPRESA	10
1.1 ELEMENTO EXTRAJURÍDICO: DIFICULDADE DE INSERIR O CONCEITO DE EMPRESA NO MUNDO JURÍDICO	10
1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITO DE EMPRESA	11
1.3 NATUREZA JURÍDICA DA EMPRESA	16
1.4 ELEMENTOS DE EMPRESA.....	20
1.4.1 Empresário.....	20
1.4.2 Atividade empresária.....	24
1.4.3 Fundo de Comércio	25
CAPÍTULO 2 – FUNDO DE COMÉRCIO	27
2.1 NATUREZA JURÍDICA DO FUNDO DE COMÉRCIO	27
2.2 COMPOSIÇÃO DO FUNDO DE COMÉRCIO	31
2.3 ELEMENTOS QUE COMPÕE O FUNDO DE COMÉRCIO	33
2.4 AVIAMENTO	37
2.5 CLIENTELA	44
2.6 PONTO COMERCIAL	48
CAPÍTULO 3 – FUNDO DE COMÉRCIO EM SHOPPING CENTER.....	52
3.1 – CONCEITO DE SHOPPING CENTER E HISTÓRICO.....	52
3.2 – FUNDO DE COMÉRCIO DE SHOPPING CENTER	56
3.3 – AVIAMENTO E CLIENTELA	62
3.4 A QUEM PERTENCE O FUNDO DE COMÉRCIO	67
3.4.1 - Descompasso entre fundo de comércio e teoria de empresa.....	70
3.4.2 Natureza contratual em debate e ausência de lei específica sobre shopping centers	71
3.4.3 Razões para impossibilidade do debate	75
CONSIDERAÇÕES FINAIS	77
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	80

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é tentar averiguar, no negócio formulado entre shopping center e lojista, as relações de fundo de comércio, aviamento e clientela. Formulada nos termos atualmente apresentado pela doutrina, a quem pertence o fundo de comércio criado pelo exercício das empresas. Enquanto hipóteses, tem-se as possibilidades de que se possa individualizar as propriedades de cada uma das partes, apontando de que forma se relacionam; ou que seja impossível fazê-lo. Nesta última hipótese, tenciona-se identificar as razões desta impossibilidade.

No primeiro capítulo, objetiva-se apresentar a teoria da empresa, classificando seus elementos segundo os critérios legais e doutrinários. O objetivo do segundo capítulo é dissecar o elemento fundo de comércio, buscando distinguir e relacionar o fundo de comércio, aviamento e clientela. No terceiro capítulo, buscar-se-á determinar a composição do fundo de comércio de um shopping center, bem como determinar de que forma dele participam os lojistas. Por fim, espera-se obter a resposta da proposta da presente monografia.

Sempre recente é a discussão acerca do fundo de comércio, elemento de empresa. Compreendido primordialmente como conjunto de bens reunidos pelo empresário para o exercício da empresa, doutrina e legislação aplicam o termo de forma polissêmica. Tal uso metonímico do termo fatalmente prejudica a compreensão de sua natureza, bem como das aplicações e efeitos decorrentes do conceito primordial. Especialmente quando se trata da avaliação do aviamento e clientela.

Diz-se, por exemplo, que o objetivo da ação renovatória é proteger o fundo de comércio criado pelo locatário. Tal proteção impediria o enriquecimento sem causa do locador, ao coibi-lo de aproveitar-se de clientela produzida pelo locatário. Não há, contudo, estudo que aponta a forma como tal fundo de comércio é criado, ou o que estaria sendo protegido de fato - visto que não aparenta se falar dos bens do locatário, e sim de um fator terceiro, a clientela.

Não é incomum afirmação doutrinária de que a proteção é do ponto de comércio, ou da clientela - conceitos imiscíveis ao de fundo de comércio. Então não há certeza sobre o que é protegido, ou como o patrimônio é produzido. Ademais, inexistente a discussão acerca da efetiva proteção do fundo de comércio para além do direito de renovação forçada do contrato de locação. Sendo o fundo um patrimônio do empresário, e aberta a cláusula de responsabilidade civil no direito brasileiro, deveriam haver ferramentas para proteger o fundo de comércio do empresário, sendo possível determinar sua redução de valor - o que não é sequer mencionado pela doutrina.

Ainda maior é a dúvida quando se trata do contrato entre shopping center e lojista. Visto que o shopping não se trata de mero locador e contribui com a produção de clientela, além de adicionar valor ao exercício da empresa do lojista, tanto mais complexa parece ser tal relação. Desta forma, cabe a pergunta: a quem pertence o fundo de comércio na relação locatícia e como funciona a produção de valor nesta relação. O que configura o melhor aviamento de um shopping center, e quem é sua clientela?

Acredita-se que por meio do presente estudo será possível determinar conceitos seguros de fundo de comércio, aviamento e clientela, aplicando-os na análise da estrutura e natureza dos shopping centers. Como resultado será possível avaliar o contrato e a relação travada entre empreendedor e lojista, a fim de determinar os limites do fundo de comércio de cada um dos contratantes, bem como a natureza da relação. Ainda, acredita-se ser possível determinar a forma de aviamento e a clientela que cabem ao lojista e ao shopping center.

Para atingir o objetivo o primeiro capítulo elabora detalhado estudo sobre a teoria de empresa, partindo de seu histórico para atingir um conceito, do conceito para sua natureza jurídica, e dela para seus elementos componentes - dentre eles, o fundo de comércio. Com relação ao fundo, após delimitados seus elementos componentes, parte-se para a análise dos conceitos e aplicações de aviamento e clientela.

Em sequência, estuda-se a estrutura do shopping center com base nos elementos retirados da teoria de empresa. É traçado seu conceito, enfocando na natureza jurídica que ocupa dentro da teoria de empresa. Após, são determinados os elementos componentes de seu fundo de comércio, tentando-se traçar a natureza da relação com os lojistas. Ainda, estuda-se a forma de aviamento de um shopping center, bem como sua clientela.

Por fim, serão estudadas os limites do fundo de comércio entre lojista e shopping center, apontando-se a relação de aviamento e clientela tida entre lojista e empreendedor, com foco na dinâmica da relação negocial. Ainda, serão apontadas as razões que obstaculizam a discussão.

1 TEORIA DE EMPRESA

A fim de estudar os elementos constituintes da empresa, é necessário definir seu conceito, elaborado pela doutrina através da história. Obtido o conceito, poderá se discutir a classificação de seus elementos, determinando-se a posição do fundo de comércio, aviamento e clientela.

1.1 ELEMENTO EXTRAJURÍDICO: DIFICULDADE DE INSERIR O CONCEITO DE EMPRESA NO MUNDO JURÍDICO

O mundo, como é, não fornece riquezas gratuitamente. Foi somente através da produção coordenada de valores que a humanidade pôde prosperar. Em razão desta condição inafastável na natureza, há séculos os economistas se desdobram para elucidar o fenômeno da produção, distribuição e consumo de riquezas. Em sua *magnum opus* sobre o assunto, assinala o mestre Jean Baptiste Say:

Deixada a si mesma, a natureza só asseguraria de maneira imperfeita a existência de um reduzido número de homens. Há regiões férteis, mas desabitadas que são incapazes de alimentar alguns desafortunados nelas atirados pelo acaso de uma tempestade, ao passo que, graças à indústria, encontramos outras regiões nas quais uma população numerosa subsiste comodamente no solo mais ingrato.¹

Esse fenômeno, de produção organizada de bens ou serviços, voltada ao mercado, é conhecido como empresa. Say prossegue sua análise:

Só por meio da indústria os homens podem ser providos, com alguma abundância, das coisas que lhes são necessárias e dessa multiplicidade de outros objetos cujo uso, sem ser indispensavelmente necessário, assinala, entretanto, a diferença entre uma sociedade civilizada e uma horda de selvagens.²

Dada a imensidão de interações humanas criadas pelo fenômeno de empresa, é inegável sua importância para o estudo da ciência do direito. Seus reflexos são encontrados em praticamente todos os ramos desta ciência.

Contudo, não é por coincidência que todos os doutrinadores, no estudo do direito comercial, iniciam pelo conceito econômico de empresa, para só então propor um conceito jurídico. A empresa é um fenômeno social, antes de poder ser encarada como um fenômeno jurídico. O direito procura desenvolver ferramentas pelas quais alça a empresa ao ordenamento.

¹ SAY, Jean-Baptiste. *Tratado de economia política*. Os economistas. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 71.

² SAY, Jean-Baptiste. *Ibid.*, p. 71.

Por esta razão, sua verdadeira composição tem sido objeto de debate por juristas desde quando positivas as normas acerca do tema. Aponta o mestre Requião:

Em vão os juristas têm procurado construir um conceito jurídico próprio para tal organização. Sente-se em suas lições certo constrangimento, uma verdadeira frustração por não lhes haver sido possível compor um conceito jurídico próprio para empresa, tendo o comercialista que se valer do conceito formulado pelos economistas. Por isso, persistem os juristas no afã de edificar em vão um original conceito jurídico de empresa, como se fosse desdouro para a ciência jurídica transpor para o campo jurídico um bem elaborado conceito econômico.³

Como apontado por Requião, até o momento, não se chegou em uma definição satisfatória do conceito de empresa. Como consequência, também não há consenso acerca de sua natureza jurídica, bem como os elementos que a compõe.

Tal debate foi tomado por diversos juristas ao longo dos últimos séculos, e proficuamente construiu o conceito moderno de empresa.

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITO DE EMPRESA

O fenômeno da empresa existe desde que a primeira pessoa exerceu com habitualidade a produção de riquezas voltadas para o mercado. Contudo, o interesse deste fenômeno para o universo jurídico é recente.

A evolução do conceito de empresa se confunde com o nascimento do direito comercial em si. Isto porque, desde sempre, o objetivo do último foi regular um complexo de objetos que incluem a formação, registro e funcionamento do primeiro, suas intra e inter relações. Contudo, dada a carência de ferramentas disponíveis, a aplicação do conceito empresa precisou de um árduo labor doutrinário, até que conseguisse posicionar a empresa como figura central do microssistema comercial.

Hoje, ao menos no ordenamento jurídico pátrio, a empresa ocupa esta posição central no estudo do direito comercial, a pedra fundamental sobre a qual foram erigidas todas as demais normas. Contudo, tal evolução tomou tempo e diversas concepções equivocadas.

Requião aponta que a primeira referência ao termo empresa nasce nos Códigos Napoleônicos. Anteriormente, o direito comercial era diretamente normatizado pelas corporações de ofício. Com o fim de regular comerciantes para situá-los sob o controle do estado, o código comercial francês de 1807 tratou de abarcar o direito comercial. Como critério de aplicação da norma comercial, foram eleitos uma série de atos que, se praticados,

³ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 27º ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 50

submeteriam a pessoa à este microssistema. Aquele que praticasse conduta lá prevista, seria tido por comerciante e, portanto, estaria vinculado às demais regras e obrigações.

Indica Requião que o art. 632 de tal código submetia à sua alçada “todas as empresas de manufaturas, de comissão, de transporte por terra e água” e “todas as empresas de fornecimento, de agência, escritórios de negócios, estabelecimentos de vendas em leilão, de espetáculos públicos”. Assim, a primeira pedra angular do direito comercial foram os atos comerciais. Ou seja, a vinculação do sujeito de direito às normas comerciais se dava pelo exercício de atividade prevista em lei.

Contudo, tal critério não demorou para ser abandonado. Gonçalves Neto aponta que a enumeração dos atos de comércio não permitia qualquer critério científico para a caracterização de empresa. Exerceria empresa todo aquele que exercesse atividade listada pelo legislador. Contudo, a evolução e inventividade do mercado logo tornou a lista obsoleta. Ademais, com base neste critério, seria impossível elaborar doutrina qualificada sobre o assunto. Reflete o mestre;

O principal argumento contrário ao sistema objetivo é justamente a precariedade científica da base em que se assenta - uma enumeração casuística de atos de comércio, feita pelo legislador ao acaso ...⁴

Gonçalves Neto ressalta que diversos juristas se dedicaram a sistematizar o critério eleito pela legislação. Como exemplo, aponta que Rocco elaborou a diferença dos atos intrinsecamente comerciais e dos atos comerciais por extensão, na tentativa de englobar os novos processos de mercado que surgiam e não haviam sido previstos pelo ordenamento jurídico.

Porém, nenhuma das doutrinas elaboradas permitiu o desenvolvimento da disciplina enquanto tal. Desta forma, era necessário elencar nova pedra fundamental para o direito do comércio.

Gonçalves Neto aponta que a primeira tentativa surgiu no código comercial alemão de 1897. A norma também previa lista de atos de comércio, condicionando a aplicação apenas àqueles que os exercessem à título profissional. Foi na Itália, porém, onde surgiu a primeira legislação dedicada ao estudo do fenômeno.

O código civil italiano de 1942, a fim de estabelecer um marco seguro para a aplicação do direito comercial, determinou, em seu artigo 2.082, em tradução livre: “É empresário todo aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para produzir ou

⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 46

comercializar bem ou serviço.”⁵ Se antes era a atividade fim da empresa que a definia juridicamente, agora ela seria determinada pelo empresário, nova pedra angular do microsistema.

Grosso modo, se o conceito de ato de comércio é francês, o conceito de empresa é italiano. Esta mudança representou a alteração do eixo do direito comercial. Antes não havia sistematicidade ou cientificidade suficientes para demarcar uma matéria jurídica apartada do direito civil. Ascareli, citado por Negrão⁶, indica que haviam atos isolados, que diferenciavam as obrigações comerciais das civis. Porém, após o marco do código civil italiano, unificaram-se as obrigações do direito empresarial e civil.

Com base neste novo critério, tornou-se possível o efetivo desenvolvimento científico da matéria. Em França, Itália, Alemanha, somente à título de exemplo, diversos foram os cientistas que se dedicaram a analisar a matéria, identificando as vantagens e desvantagens do aprofundamento do estudo do fenômeno da empresa.

Apesar deste significativo avanço, os juristas da época reconheciam sua limitação para tratar da matéria. Ao apontar que a empresa não é um conceito jurídico *per se*, reconheciam a dificuldade de encontrar termos jurídicos que pudessem-na abarcar. Requião comenta, por exemplo, que na exposição de motivos do Código italiano, o Ministro Dino Grandi reconheceu seu desapontamento por ter conseguido apenas definir o empresário, deixando o conceito de empresário como corolário daquele.

Cientes das dificuldades que envolviam a questão, diversas foram as doutrinas formuladas acerca do fenômeno. Para Giuseppe Ferri, conforme descrito por Requião, não seria possível reduzir o fenômeno da empresa em termos jurídicos, devendo-se investigar os aspectos jurídicos da empresa econômica.

Reconhecida doutrina foi formulada por Alberto Asquini. O mestre italiano, investigando os diversos usos do termo empresa pelo código italiano, entendeu, como Ferri, que não existiria um conceito jurídico de empresa. Contudo, aponta que a legislação deixaria clara a existência de diferentes perfis do conceito empresa: o subjetivo (empresário); o funcional (a atividade empreendedora); o patrimonial (estabelecimento); e o corporativo (como instituição que possui regras internas). Apesar da perspicaz observação, facilmente se percebe que a nota do mestre se resume ao uso metonímico do termo “empresa” pela legislação, sem elucidar, com maior clareza, o que seria o fenômeno em si.

⁵ Art. 2.082: E' imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata (2555, 2565) al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi (2135, 2195).

⁶ ASCARELI, 1964, *apud* NEGRÃO, p. 62.

Requião assinala que também Ferri⁷, com base no código civil italiano de 1942, reflete acerca dos ângulos mais expressivos do fenômeno da empresa ao direito, a fim de destilar deles um conceito de empresa. Encontra a empresa como: *i*) expressão da atividade do empresário (como nas regras sobre obrigações do empresário); *ii*) ideia criadora (através das normas de repressão à concorrência desleal); *iii*) complexo de bens (estabelecimento); e *iv*) relações com os dependentes (por meio do direito do trabalho).

Esta nova visão apontava outra realidade, não identificada por Asquini. Esta última acreditava não existir “a empresa”, apenas diversos perfis dela identificados na lei. Ferri, por sua vez, indica que a empresa não pode ser um objeto, porque ela não é algo de fato. Ela é, enquanto exercício do empresário, e não algo em si mesma.

Sobre este novo juízo, se manifestou o mestre Requião:

É preciso compreender, ainda segundo os ensinamentos de Ferri, que a disciplina jurídica da empresa é a disciplina da atividade do empresário, e a tutela jurídica da empresa é a tutela jurídica dessa atividade. Essas considerações levam-nos a compreender que, no ângulo do direito comercial, empresa, na acepção jurídica, significa uma atividade exercida pelo empresário. Disso decorre inevitavelmente que avulta no campo jurídico a proeminente figura do empresário.⁸

Assim, o conceito de empresa assumiu posição central no estudo do direito comercial, atingindo-o de forma tal que mesmo sua denominação foi alterada, sendo hodiernamente conhecido como direito empresarial.

O Brasil, em seu curso histórico, seguiu ambas as correntes, cada uma à seu tempo. O código comercial de 1850 adotou o conceito francês de atos de comércio, e o Regulamento 737 do mesmo ano definiu quais seriam. Apenas muito posteriormente, no código civil de 2002, seria adotado o conceito mais moderno, transcrito em sua literalidade do código italiano para o artigo 966. Tal doutrina fora trazido já em seu projeto, da década de 1970, pelo professor Sylvio Marcondes. Porém, a questão acerca da natureza jurídica da empresa não foi encerrada com a adoção deste novo critério. Tal qual na Itália, diversos foram os debates nacionais acerca da teoria da empresa, ora avançando, ora retrocedendo. Em sua obra, por exemplo, Requião chega a expressar que a comissão de professores que elaborou o atual código “se deixou dominar pela timidez e perplexidade dos juristas italianos de 1942 e evitou definir empresa”.⁹

Contudo, apesar da dura crítica do mestre, é seguro afirmar que o legislador, ainda que tenha evitado definir expressamente o que é empresa, o fez indiretamente. Reza o artigo 966:

⁷ REQUIÃO, Rubens. *Ibid.*, p. 51

⁸ REQUIÃO, Rubens. *Ibid.*, p. 51

⁹ REQUIÃO, Rubens. *Ibid.*, p. 58

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Em resumo, a evolução histórica do conceito de empresa inicialmente ignorava a própria empresa, focando-se apenas na atividade exercida. A passagem de uma percepção unicamente externa - pela qual era observado apenas o ato - para uma concepção mais completa do fenômeno - que o compreende como um conjunto coordenado de fatores - permite determinar que a empresa é o exercício de atividade econômica, voltada ao mercado, pelo empresário, de forma não eventual.

Negrão, analisando a discussão acerca dos perfis da empresa, formulada por Ascareli, repete estes mesmos critérios. Reunindo os três primeiros perfis, afirma:

Em face desses três aspectos, sumarizando graficamente, tem-se o seguinte tripé empresarial: pessoa, bens e atividade, o que nos lembra a divisão clássica do Direito Civil: das pessoas, dos bens e dos atos jurídicos.¹⁰

Analisando os elementos fundamentais da empresa, Mamede também chega nesta mesma conclusão:

Fica claro, portanto, que não é a produção e circulação onerosa de bens ou a prestação de serviços que dá a caracterização da empresa, embora seja um dos seus elementos componentes. Na empresa, essa produção, circulação ou prestação se conformam numa arquitetura maior, definida em termos conceituais (perspectiva estática) e práticos (perspectiva dinâmica), que é o empreendimento não eventual, desenvolvido para que sejam auferidas vantagens pecuniárias (ou traduzíveis em pecúnia), a bem de seu titular.¹¹

Desta forma, pode-se distinguir três elementos essenciais para a caracterização da empresa. Tais elementos não se reduzem uns aos outros, sendo distintos, ainda que não sejam independentes:

Assim, não se confunde o estabelecimento com a empresa, nem com a figura do empresário: este é a pessoa (natural ou jurídica), titular do conjunto de bens que integram o estabelecimento; aquela é o estabelecimento em movimento.¹²

Antes da análise individual destes elementos, porém, subsiste outro debate relevante para a compreensão do fenômeno. É necessário determinar de qual forma ele é recebido pelo ordenamento jurídico, através do estudo de sua natureza jurídica.

¹⁰ NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial & de Empresa*. 7º ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 67

¹¹ MAMEDE, Gladston. *Empresa e Atuação Empresarial*. 4º ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 205

¹² GONÇALVES NETO, Ibid., p. 576

1.3 NATUREZA JURÍDICA DA EMPRESA

Embora o código civil brasileiro defina o conceito de empresa (ainda que tangencialmente), permanece intenso o debate acerca da natureza jurídica do fenômeno. Ou seja, debate-se de que forma o fenômeno é recepcionado pelo ordenamento jurídico.

É comum o leigo confundir a empresa com sua representação objetiva, o estabelecimento comercial. Também a confunde com seu elemento subjetivo, a sociedade que atua como empresária. Estas mesmas concepções já foram, e ainda o são professadas pelos estudiosos da teoria da empresa, que interpretam o fenômeno como sujeito ou objeto de direito. Negrão, citando Jorge Rubem Folena de Oliveira, aponta:

A dificuldade em se definir ou conceituar o que seja empresa decorre de sua própria natureza jurídica, pois uns a consideram como mero objeto de direito, uma verdadeira abstração sem vida própria, e outros a consideram como sujeito de direito, tendo vida independente da vontade de seus sócios. Além disso, a expressão empresa é utilizada, no dia a dia, como uma variedade numerosa de significados, que vão desde o sentido de organização, passando pela noção de estabelecimento e chegando, de certa norma, à de sociedade comercial, o que, como alude Waldirio Bulgarelli, não contribui para a certeza e segurança características do ordenamento jurídico.¹³

O professor reconhece a limitação destas duas teorias. Mesmo porque, os doutrinadores que as defendem, o fazem sem apresentar grandes argumentos. Requião, por exemplo, sustenta a natureza de objeto de direito porque lhe parece que “a atividade pode constituir objeto de direito, posta sob tutela jurídica.”¹⁴

Contudo, objeto de direito é bem sobre o qual o sujeito exerce seu direito, ou, como coloca Vicente Rao, é “o bem sobre o qual o titular exerce os poderes que a ordem jurídica lhe reconhece”.¹⁵ Mas sendo a empresa o efetivo exercício da atividade econômica organizada, não pode ser ela objeto de direito, por não constituir bem em si. Acerca da questão, o eloquente mestre Tomazette:

¹³ NEGRÃO, Ricardo. *Ibid.*, 63

¹⁴ REQUIÃO, Rubens. *Ibid.*, p 60

¹⁵ RAO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 3º ed. Vol. 2. Revista dos Tribunais, [s.d.], p. 728

Ora, não se pode conceber uma atividade como objeto de direito, não se pode vislumbrar a empresa como matéria dos direitos subjetivos, principalmente dos direitos reais, vale dizer, a atividade de *per si* não pode ser transferida. Como alguém poderia ter uma atividade em seu patrimônio? Como poderia aliená-la?¹⁶

O verdadeiro objeto de direito, aspecto objetivo da empresa, é seu fundo de comércio. Assim, indicar que a empresa é objeto de direito é confundi-la com seu aspecto objetivo/patrimonial.

De igual forma, não se pode confundir a empresa com o sujeito de direito, posto que pertence legitimamente ao empresário - aquele que exerce a empresa. A empresa, enquanto exercício de atividade, não é um ente em si. Enquanto atividade, não possui vontade, ou sequer existência. Trata-se de abstração utilizada para identificar uma sequência de atos coordenados, com um sentido comum. É necessário, assim, buscar uma terceira via explicativa da natureza jurídica da empresa.

Resumindo com perfeição a situação, indica Requião, citando Orlando Gomes:

Para os que assim pensam (acerca da possibilidade uma terceira via), a empresa não pode ser objeto de direito, porque a atividade não é objeto, e não pode ser sujeito, porque é precisamente uma forma de atividade do empreendedor ou empresário, que é o sujeito. A impugnação da tese de que a empresa é um conjunto de coisas funda-se no pressuposto de que ela se distingue da 'azienda', a qual seria o objeto dos direitos do empresário.¹⁷

Ricardo Negrão, ao estudar os perfis de empresa de Asquini, chega à mesma conclusão:

Fixados esses delineamentos, não há como classificar empresa - em seu aspecto funcional, a atividade - como sujeito de direito, tampouco como objeto de direito. À primeira se filia o empresário - pessoa física ou jurídica -, agente dos atos e atividades empresariais. Na segunda se enquadra o estabelecimento comercial, complexo de bens para o exercício da atividade.¹⁸

Contudo, a melhor prova da incorreição destas correntes doutrinárias foi descrita por Waldírio Bulgarelli, citado pelo mestre Ricardo Negrão, ao analisar o conceito de empresa:

¹⁶ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário*. 5º ed. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2013, p. 42

¹⁷ ORLANDO GOMES, apud, REQUIÃO, p. 59.

¹⁸ NEGRÃO, Ricardo. *Ibid.*, p. 80

O Professor Waldirio Bulgarelli, ao considerar o perfil corporativo, afastou-o da concepção empresarial italiana. Aqui, o meste paulista se distanciou da teoria de Asquini para conceber não quatro, mas três aspectos jurídicos significativos de empresa: o empresário, o estabelecimento e a empresa: o primeiro correspondendo ao perfil subjetivo; o segundo, ao objetivo ou patrimonial; e o terceiro, ao aspecto funcional, ou exercício da atividade empresarial (...). E é justamente por este prisma - a empresa concebida como atividade econômica organizada - que se revela seu valor jurídico, pois serve de critério orientador para a qualificação do empresário, sem que fique ausente a referibilidade ao *estabelecimento*, que surge através do conceito de organização técnica dos bens e ao *empresário*, como agente dessa atividade, revelando assim a íntima conexão entre os três conceitos.¹⁹

Acerca do excerto, discorre Negrão:

Relacionam-se o empresário, o estabelecimento e a empresa de forma íntima: o sujeito de direito que exercita (empresário), por meio do objeto de direito (estabelecimento) e os fatos jurídicos decorrentes (empresa).²⁰

O grande avanço trazido por esta análise foi o de colocar um ponto final na definição jurídica de empresa. A natureza jurídica, ainda que não possa ser facilmente determinada, não pode eliminar o elementos essenciais para a recepção do fenômeno pelo direito: empresário, atividade e fundo de comércio. Desta forma, se não é possível interpretar a empresa como sujeito ou objeto de direito, é necessário buscar outra forma de recepcioná-la no universo jurídico.

Da análise realizada pelo capítulo anterior, pôde-se perceber que o fenômeno da empresa possui três condições para se constituir: o empresário, que exerce uma atividade por meio de um complexo de bens organizado. Estas condições não são acidentais, mas elementos que, uma vez reunidos, fazem nascer o fenômeno da empresa.

Os elementos constitutivos da empresa podem, portanto, ser interpretados como critérios de sua existência. E existirá a empresa enquanto o empresário mantiver-la “em movimento”. Ou seja, a empresa existe enquanto ato, e ato qualificado: o ato de realizar uma atividade econômica, por meio de um complexo de bens organizados. Desta forma, a empresa, enquanto ato qualificado, pode ser interpretada como um fato jurídico.

Para Vicente Rao, o fato jurídico é a conjunção de dois elementos: uma manifestação da vida real, e determinada regra, que confere ao fato a potencialidade de causar consequências jurídicas:

¹⁹ BULGARELLI, ano, apud NEGRÃO, p. 68.

²⁰ NEGRÃO, Ricardo. *Ibid.*, p. 69.

E já nos reportamos ao conceito de Savigny segundo o qual cada relação de direito se nos apresenta como relação entre pessoa e pessoa, determinada pela regra de direito que fixa, para cada uma delas, um domínio independente de ação, por manifestação da vontade. Em consequência, acrescentamos, dois elementos compõe a relação de direito: uma determinada matéria, ou seja, a própria relação e a ideia de direito, que a regula. O primeiro é um elemento material, um simples fato; o segundo é um elemento formal, que se apodera do fato e lhe confere forma jurídica.²¹

Assim, o direito pinça da vida real determinados atos, fatos ou comportamentos, aos quais atribui consequências jurídicas. Contudo, não são todos os fatos da vida real que tem o condão de fazê-lo. Cunha Gonçalves, citado por Vicente Rao, explicita:

mas, nem todas as relações entre os homens incidem no domínio do direito: nem todas podem ou precisam ser determinadas por uma regra dessa natureza. E, aqui, cabe distinguir três casos: ora a relação é inteiramente dominada pela regra de direito, ora o é em parte, ora ao domínio desta regra escapa totalmente. A propriedade, o casamento e a amizade podem ser citados como exemplos desses três casos.²²

Aplicando-se esta nova concepção ao objeto em comento, pode-se dizer que, ao fato de determinado sujeito organizar a produção de determinado bem ou serviço, voltado ao mercado, de forma não eventual, dá-se o nome de empresa. Este fato possui uma série de consequências determinadas pelo direito, como o dever de se registrar, o dever de manter livros contábeis, etc.

Este sentido da natureza jurídica da empresa, apesar de não representar doutrina majoritária, há muito é sugerido por ela. Asquini, citado por Negrão indicava que:

A atividade empresarial reduz-se, portanto, em uma série de operações (fatos materiais e atos jurídicos) que se sucedem no tempo, ligadas entre si por um fim comum.²³

Ora, se a empresa é a atividade, então ela já não pode ser sujeito ou objeto de direito. Asquini acerta em cheio ao dizer que a empresa reduz-se em uma série de operações que se sucedem no tempo. O empresário, a atividade e o complexo de bens organizados somente existem enquanto esta atividade permanece ativa. Então, a empresa entra no mundo jurídico como fato jurídico, ocorrências da vida real às quais o direito reconhece a capacidade de gerar consequências jurídicas. Analisando os escritos de Asquini, prossegue Negrão:

²¹ RÁO, Vicente., *Ibid.*, p. 715.

²² CUNHA GONÇALVES apud VICENTE RAO, p. 715.

²³ ASQUINI apud NEGRÃO, p. 80.

À atividade exercida pelo empresário se convencionou chamar empresa, à falta de outro vocábulo que melhor expressasse esse complexo de atos realizados pelo empresário. Asquini distingue ato jurídico de atividade, definindo esta como a coordenação daqueles, o que levou Bulgarelli a considerar a empresa - exercício qualificado da atividade do empresário - como uma nova categoria jurídica, distinta de atos e fatos jurídicos (sentido estrito), mas espécie do mesmo gênero.²⁴

Prossegue o mestre:

A empresa, portanto, considerada como atividade exercida pelo empresário como já se considerou acima, não é nem sujeito, nem objeto de direito. Ela não existe como pessoa (sujeito de direitos), tampouco como objeto de direito, porque é a própria atividade de alguém - pessoa natural (empresário) ou jurídica (sociedade empresária). Sua concepção é, pois, abstrata e corresponde ao conceito de fatos jurídicos, ou exercício de negócios jurídicos qualificados (atividade econômica organizada, com fim próprio, lícito).²⁵

Ainda que a utilização do critério licitude possa ter sido precipitada, incorrigível a análise em suas demais colocações. Sendo empresa um exercício, um ato, um verbo, sua natureza jurídica não pode ser estanque como objeto ou sujeito. Merece ser recepcionada como fato jurídico porque é um fato da vida real, ao qual o ordenamento jurídico confere a capacidade de gerar consequências jurídicas.

Assim, o ato de organizar um complexo de bens para o exercício de determinada atividade econômica é recepcionado pelo direito como empresa. Por simples que possa parecer a afirmação, é seguro dizer que a conjunção de um conceito jurídico de empresa, aliado à sua natureza jurídica determinada, nos entrega os elementos que garantem a sua existência.

A existência da empresa ocorre quando se localizam as figuras do empresário, da atividade empreendedora e do fundo de comércio. Passasse, portanto, a analisá-los mais de perto.

1.4 ELEMENTOS DE EMPRESA

1.4.1 Empresário

Empresário é aquele que exerce a atividade empresarial. É o sujeito de direito, seja pessoa física ou jurídica.

A doutrina costuma apontar que o empresário é definido pela busca por lucro, a especulação, a organização, o profissionalismo, a assunção de riscos e o direcionamento ao mercado. Vê-se que diversos dos critérios são utilizados de forma pleonástica, copiando ou

²⁴ NEGRÃO, Ricardo. *Ibid.*, p. 80.

²⁵ NEGRÃO, Ricardo. *Ibid.*, p. 80.

cruzando com informações que pertencem, em verdade, a outros elementos de empresa. Predicado pertencente ao empresário não deve ser atribuído, também, à atividade empresarial e vice-versa.

É certo que os elementos de empresa somente podem ser encontrados em conjunto “na natureza”. O empresário somente pode sê-lo caso exerça atividade econômica por meio de complexo de bens organizado. Porém, cada um destes elementos, embora não possam ser separados, devem ser distinguidos. Desafio este que, até o momento, não foi expressamente reconhecido pela doutrina.

Fran Martins, por exemplo, ao elencar as condições indispensáveis à aquisição da condição de empresário, utiliza diversos atributos referentes à atividade empresarial, e não a quem a exerce. Para o doutrinador, a figura do empresário seria caracterizada pelos elementos da intermediação, especulação e profissionalidade. Contudo, as duas primeiras claramente se reportam à noção de atividade voltada ao mercado - conceito que, como será apresentado posteriormente, pertence ao elemento atividade empresarial.

Assim, o termo “intermediação” é utilizado pelo mestre para indicar a necessidade de produção para o mercado e afastar o consumo próprio. De igual forma, a ideia de especulação parece incitar a mesma interpretação. Somente o conceito “profissionalidade” se remete à figura do sujeito de direito.

Tomazette, de igual forma, utiliza os mesmos conceitos para descrever o empresário e a atividade empresarial. Descreve serem elementos de ambos a economicidade, a organização, o direcionamento ao mercado e a profissionalidade, conceitos todos referentes ao mercado, com exceção do último. Acrescenta ainda para o empresário a assunção de riscos.

Para Gonçalves Neto, “O empresário é um profissional do mercado e, portanto, um perito na produção ou na circulação de bens ou de serviços, que, por isso, almeja obter resultados lucrativos nesse desiderato.”²⁶ Assim, seria o profissionalismo elemento essencial do empresário. Ainda, a ideia de organização.

Requião, além dos mesmos critérios de organização e profissionalidade, ainda cita a iniciativa e o risco.

Indo além, crítica é realizada por Waldírio Bulgarelli, citado por Negrão. Indica o mestre que o conceito de empresário adotado por Sylvio Marcondes no código civil acaba sendo pleonástico com o de empresa. Diz o art. 966:

²⁶ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Ibid.*, p. 69.

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Se a empresa é o exercício de atividade econômica por meio de um complexo de bens organizados, conceitos relativos à economicidade não definem a figura do empresário, e sim da atividade que exerce.

Assim, a doutrina até o momento não pôde chegar a um consenso acerca do conceito de empresário. Contudo, pode-se, ao menos, reduzir as diversas opiniões a uma fórmula central.

Inicialmente, o primeiro predicado do empresário que se pode inferir é a organização. Como já dito, empresa é o exercício da atividade econômica organizada. Portanto, aquele que organiza é o seu “detentor”. Sempre por via secundária, a doutrina nacional se reporta a este conceito. Tomazzete indica assunção de risco, Fran Martins especulação e Requião com iniciativa e risco. Ora, aquele que organiza a produção ou circulação de mercadorias, o faz com intenção de lucrar, por sua própria conta, assumindo os ônus decorrentes. Nenhum destes termos porém, tem o condão de descrever integralmente a definição do elemento organizador.

Duas interessantes colocações sumarizam a discussão. Inicialmente, Gonçalves Neto indica a organização como um elemento “a sugerir a existência de uma estrutura e de um planejamento”.²⁷ Organizar não se limita a assumir os riscos, ou buscar o lucro, mas de efetivamente determinar uma estrutura ou uma ordem para o complexo de bens utilizado.

Ademais, Requião traz para sua obra conceito econômico utilizado por Despax, criado por M. James. Indica que a empresa: “é todo organismo que se propõe essencialmente a produzir para o mercado certos bens ou serviços e que independe financeiramente de qualquer outro organismo”. Assim, ao localizar o limite de uma empresa em sua independência de ente externo para sobreviver, indica também que o empresário é o responsável último pela atividade que exerce - não sendo subordinado à terceiro. Caso o fosse, não seria empresário, mas preposto, participando do plano negocial de outrem.

Em conclusão, dizer que o empresário organiza, é indicar que cria a estrutura do negócio, ordenando o complexo de bens reunido para o exercício da atividade escolhida, sendo o responsável último por esta organização. Ainda que seja auxiliado por terceiros, é ele quem articula todas as opiniões, estudos e comandos.

Por outro lado a organização da atividade deve ser feita de forma profissional. Este predicado está previsto no artigo 966 do código civil, e é repetido por todos os doutrinadores que se dedicaram à análise da questão. Resta determinar o que significa.

²⁷ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Ibid.*, p. 69.

Sendo a empresa um fenômeno que, posteriormente ao seu nascimento, é reconhecido pelo ordenamento, o termo profissional não pode ser confundido com “devidamente registrado”, como em uma atividade profissional regulamentada. Assim, não poderia um quesito de existência se reduzir à um de validade - que representa uma mera conformidade com o ordenamento jurídico.

A impossibilidade de se confundir o quesito “profissional” com uma inscrição formal, é reconhecida pelo mestre Fran Martins, que confere ao empresário (tratado em sua obra como “comerciante”) o caráter de “figura de fato”:

É nessa permanência a prática de atos, com a sujeição a princípios legais reguladores da atividade, que se caracteriza a profissão comercial. Não se torna evidentemente necessário que a pessoa se inscreva como comerciante para que seja considerada como tal, já que são reconhecidos os comerciantes *de fato*.²⁸

O mesmo é reconhecido por Gonçalves Neto:

Por outro lado, a qualidade de empresário é uma *situação de fato* que, para ser reconhecida, prescinde de qualquer formalidade. Revela-se pelo exercício de uma atividade econômica nas condições descritas pelo artigo sob exame.²⁹

O quesito profissionalidade também não demarca, necessariamente, a habitualidade do exercício, apesar de comumente ser confundido. Waldirio Bulgarelli, citado por Negrão, afirma:

exclui-se, assim, a atividade ocasional, mas se inclui a sazonal (por exemplo, os albergues das estâncias climáticas), pois não é necessário que seja permanente e sem interrupções. Não se exige que seja atividade profissional exclusiva.³⁰

Por profissional também não se pode entender a frequência ou permanência do exercício da empresa. Como exemplo, pode-se tomar a atividade de extração de minerais. O empresário busca as licenças necessárias, adquire os equipamentos e contrata os trabalhadores; não interessa se do solo irá extrair um único diamante ou toneladas de minério de ferro ao longo de uma década, em ambos os casos ocorrerá a empresa. Assim, a habitualidade não configura, em si, o exercício profissional, necessário à caracterização do empresário.

Fran Martins, por exemplo, ao elencar a profissionalidade como característica do empresário, indica que são seus elementos a habitualidade e a repetição. Seria empresário quem “Faz do exercício das atividades comerciais a sua profissão, a ela se dedicando com fervor e assumindo obrigações da prática da mesma.”³¹

²⁸ MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 35^o ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 71.

²⁹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Ibid.*, p. 69.

³⁰ BULGARELLI *apud* NEGRÃO, p. 65.

³¹ MARTINS, Fran. *Ibid.*, p. 71.

Em verdade, o que parecem buscar os doutrinadores é tentar eliminar a atividade eventual. O termo profissionalismo pode ser melhor compreendido como a prática não eventual ou acidental da atividade econômica. Assim aponta Waldírio Bulgarelli, citado por Negrão:

Se, contudo, não exercer o comércio com habitualidade, se não se organizar para a prática desses atos, se apenas esporadicamente realizar uma compra para revenda com intuito de lucro, não se poderá, seguramente, dizer que essa pessoa está exercendo uma profissão e, em tal caso, a qualidade de comerciante não lhe pode ser outorgada.³²

É por esta razão, por exemplo, que não constitui empresa um particular que negocia o próprio apartamento; a pessoa que organiza uma festa; ou a criança que negocia figurinhas com seus amigos. Todos são atos civis, ainda que tenham certo nível de organização e busquem o lucro.

Em conclusão, empresário é aquele que organiza a atividade econômica em nome próprio e de forma não eventual.

1.4.2 Atividade empresarial

Conforme apontado anteriormente, diversos elementos apontados como definidores da atividade empresarial a ela não se referem. Por vezes, sequer contribuem para sua compreensão. Assim, a doutrina cita a economicidade, organização, finalidade dirigida ao mercado e orientada ao lucro. Contudo, igualmente à figura do empresário, é possível reduzir a mixórdia de opiniões a dois distintos conceitos elementares.

Inicialmente, cabe apontar que o conceito de atividade é essencial. Tomazette indica que a atividade é um conjunto de atos destinados a uma finalidade comum - e não um ato isolado. Dela vem a ideia de continuidade, ou permanência quando se diz que a empresa é o *exercício*.

Cumprir registrar que a atividade, também sendo um elemento de empresa, se conforma antes como fator de existência do que de validade, não importando, para o fim de sua constituição a licitude do ato.

Contudo, a atividade em si possui um predicado. O art. 966 indica ser empresário aquele que exercer “*atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*.”

Conforme indicado, por atividade se entende uma sequência de atos. Tais atos devem ser articulados pelo empresário de modo à possuírem uma lógica interna. Não se trata de atos

³² MARTINS, Fran. *Ibid.*, p. 71.

isolados, mas sim coordenados para um fim específico - a atividade econômica. Portanto, a orientação econômica, para a produção de ou circulação de bens ou serviços é a qualificação dos atos empresariais. Colocando-se ainda de outra forma, é a atividade orientada para a produção de valor. Novamente, deve-se recorrer à economia.

Em sua obra Tratado de Economia Política, Jean Baptiste Say indica que valor é um conceito subjetivo. Ele não está presente nos bens, mas sim naqueles que os detém. O autor qualifica valor como a medida de utilidade de determinado bem, e, em sequência, a utilidade como a faculdade de satisfazer uma vontade humana. Assim, produzir valor é agregar utilidade à um produto ou serviço.

Portanto, se por agregar utilidade entender-se aumentar a capacidade de determinado produto para que supra uma vontade, chega-se à conclusão de que toda a atividade humana que vise ofertar aos demais indivíduos determinado produto ou serviço pode ser considerada econômica. Assim, o agricultor que extrai do solo coloca à disposição produto antes inexistente; o industriário que aprimora um produto também cria valor onde antes não havia; e também o comerciante, ao trazer um produto abundante em uma parte, para outra na qual não existia, agrega à ele valor àqueles que não o tem.

Há doutrinadores que apontam a indicação legal de atividade econômica para separá-la da demais possíveis atividades humanas, como a intelectual, científica ou artística. Esta, porém, não parece uma boa distinção, dado que a utilização econômica de determinada atividade consta na sua possibilidade de produzir valor, e não em qualquer outro fator.

Por fim, não é apenas figura de estilo apontar o pleonismo cometido pela lei brasileira. Qualquer atividade capaz de gerar valor será atividade econômica, sendo desnecessária a parte final do art. 966 do código civil.

Assim, constitui a atividade empresarial um conjunto de atos coordenados, orientados à produção de valor.

1.4.3 Fundo de Comércio

Por fim, resta tratar do elemento objetivo da empresa, o objeto de direito operado pelo empresário: o fundo de comércio, também conhecido como estabelecimento, estabelecimento comercial, fundo de empresa, negócio comercial, fundos mercantis, azienda, casa de comércio e estabelecimento empresarial.

Inicialmente, cabe apontar que o termo, em suas diversas formas, foi utilizado pela legislação, doutrina e jurisprudência em pelo menos três conotações diferentes: *i)* como complexo de bens organizados para o exercício da empresa; *ii)* como unidade produtiva; e *iii)*

como aviamento, ou valor da empresa. Contudo, para os fins do presente trabalho, apenas o primeiro será considerado.

No próximo capítulo, far-se-á análise pormenorizada do fundo de comércio, para que os resultados possam ser utilizados na análise do shopping center.

2 FUNDO DE COMÉRCIO

Afirma Requião que o termo em si, fundo de comércio, tem origem francesa, em legislação tributária de 1872, mas mantém simetria com o italiano *azienda*, e com o termo estabelecimento, escolhido pelo legislador brasileiro, no artigo 1.142 do código civil. Contudo, para evitar confusão com a ideia de ponto comercial, equívoco frequente nos escritos sobre o assunto, o presente trabalho adota, dentre as diversas denominações existentes, o termo fundo de comércio.

O estudo deste elemento de empresa deve ser precedido pelo de sua natureza jurídica, para somente depois identificar seus elementos e demonstrar as relações com aviamento e clientela.

2.1 NATUREZA JURÍDICA DO FUNDO DE COMÉRCIO

O fundo de comércio é o elemento objetivo da empresa. Constitui o complexo de bens organizado, através do qual se exerce a atividade empresarial. Grande questão da doutrina, tratada por todos os estudiosos no assunto, ao longo dos séculos, e nos mais diversos países, é a natureza jurídica deste elemento. Conforme aponta Carvalho de Mendonça, esta matéria, assim como as demais que envolvem a teoria da empresa, não possui consenso na doutrina:

A reunião de elementos tão diversos entre si tem originado grande dificuldade para precisar a natureza jurídica do estabelecimento commercial.

Nota-se na doutrina e na jurisprudência franceza muita desorientação sobre o conceito do *fundo de commercio*. A doutrina e a jurisprudência allemã, ao contrário, têm apreciado o problema sob inspiração theorica mais segura. O mesmo se observa na doutrina e na jurisprudencia italiana.

Certo é que, no momento actual, ainda não ha a esse respeito idéas assentadas nos paizes de cultura juridica. Está o instituto em sua phase de evolução, apresentando-se, aliás, com subjectividade especial e potencia economica característica.³³

Termina o mestre confessando que “Entre nós, não se há estudado convenientemente a theoria do estabelecimento commercial, passando quasi despercebida na jurisprudencia.” Interessante nota de rodapé revela a indignação do doutrinador com a falta de conhecimento dos juristas acerca do assunto:

³³ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*. 2º ed. Vol. V. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935, p. 19

Os nossos tribunaes, em um ou outro caso, sujeito á sua apreciação, têm revelado falta absoluta de orientação científica e prática, proferindo decisões sem merito jurídico e algumas com injustiça revoltante. Entre essas ultimas, figura a celebre causa promovida pela Companhia Nacional de Tecidos de Juta v. A. Alvares Penteado ...^{34 35}

De qualquer forma, um estudo essencial sobre o assunto foi realizado pelo mestre Oscar Barreto Filho em sua majestosa obra Teoria do Estabelecimento Comercial. Nela, indica que a natureza jurídica já foi tratada por nove correntes doutrinárias diversas, divididas em dois grupos distintos, assim resumidas por Ricardo Negrão:

As históricas, compostas de cinco linhas de pensamento - a) teoria da personalidade jurídica do estabelecimento comercial; b) teoria do estabelecimento concebido como patrimônio autônomo; c) teoria da personificação do fundo de comércio, de Valéry; d) teoria do estabelecimento como negócio jurídico, de Carrara; e) teoria do estabelecimento como instituição de Ferrara - e as modernas, agrupadas em quatro conjuntos: a) grupo de teorias imaterialistas, que concebem o estabelecimento como bem imaterial (Pisco, Isay, Hubmann e Muller-Erzbach; b) grupo de teorias atomistas, que negam a possibilidade de configuração unitária do estabelecimento (Scialoja, Barassi e Barbero); c) grupo de teorias patrimonialistas, que identificam o estabelecimento como patrimônio comercial, caracterizado como *universitas juris* (Fadda e Bensa); d) grupo de teorias que divisam no estabelecimento um complexo de bens unificados por uma destinação comum, configurando uma *universitas rerum* (Carnelutti, Rotondi e Vivante).³⁶

Como pode ser visto, a questão foi tratada pela doutrina das mais variadas formas. Cada uma destas teorias acompanhou uma diferente definição, com diferentes consequências acerca do objeto de estudo.

Portanto, dada a complexidade do assunto, este trabalho se abasterá de fazer maiores considerações sobre cada uma das teorias apresentadas, pelo Mestre, que detem sobre elas a palavra final no cenário brasileiro. Limita-se, o presente trabalho, a apresentar o atual estado da arte.

Na doutrina brasileira, há aqueles que defendem ser o fundo um patrimônio imaterial; uma universalidade de direito, e uma universalidade de fato e de direito. Estas correspondem às teorias modernas, retratadas por Barreto Filho.

Requião, por exemplo, seguindo doutrina francesa (Planiol, Ripert, Escarra, Hamel, Lagarde, Julliot de la Morandière), se filia à primeira corrente. Afirma que em razão dos bens que o constituem, o fundo deixaria de ser uma universalidade de fato; e, por não ter sido previsto em lei a capacidade jurídica própria, como a herança ou a massa falida, não poderia

³⁴ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Ibid.*, p. 19.

³⁵ A causa apontada por Carvalho Mendonça possui certa relevância para o estudo do aviamento, sendo novamente trazida no capítulo respectivo.

³⁶ NEGRÃO, Ricardo. *Ibid.*, p. 90.

ser uma universalidade de direito. Chega a conclusão, portanto, que deve ser uma forma de patrimônio independente, imaterial, considerado bem móvel, que pertence ao empresário, em decorrência do exercício da atividade empresarial com auxílio de um conjunto de bens reunidos. Segundo o mestre:

Somos da opinião que o estabelecimento comercial pertence à categoria dos bens móveis, transcendendo às unidades de coisas que o compõe e são mantidas unidas pela destinação que lhes dá o empresário, formando em decorrência dessa unidade um patrimônio comercial, que deve ser classificado como incorpóreo. O estabelecimento comercial constitui, em nosso sentir, um bem incorpóreo, formado por um complexo de bens que não se fundem, mas mantém unilateralmente sua individualidade própria. Por necessidade didática, bem como pela inutilidade de se alterar os conceitos, melhor manter fundo e aviamento.³⁷

Gonçalves Neto, por sua vez, identifica o fundo de comércio ao mesmo tempo como universalidade de fato e de direito, porque congrega bens afetados pelo dono para a finalidade do exercício da empresa e ao mesmo tempo constitui um complexo de relações jurídicas de uma pessoa dotada de valor econômico.

Apesar da opinião dos mestres, mais correta parece ser a corrente que entende o fundo de comércio como universalidade de fato.

Inicialmente, vale apontar que um *universitas facti* é um conjunto de bens, unidos pela vontade de seu dono, ao qual é dada uma destinação específica. Os mais comuns exemplos entre os civilistas são a biblioteca e o rebanho: a figura individual do livro e do bovino podem ser encontrados em meio ao conjunto; contudo, tal conjunto possui uma unidade de destinação conferida pelo dono, que permite negociar, ao invés do elemento individual, sua totalidade, enquanto una. Ainda, a extração de um dos elementos singulares não descaracteriza o todo. Tal figura se encontra definida no ordenamento brasileiro pelo artigo 90 do código civil:

Art. 90. Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária.

A doutrina, representada por Requião, critica esta consideração por entender que uma universalidade de fato não poderia conter também bens incorpóreos. Contudo, a análise do dispositivo acima não exclui esta possibilidade. Em verdade, uma universalidade de fato depende, unicamente, da vontade do sujeito de direito, que reúne um conjunto de objetos de direito, com finalidade específica.

Ademais, o conceito de bem não é, necessariamente, bem corpóreo. O código civil, no artigo 83, equipara à bens móveis uma série de direitos incorpóreos.

³⁷ REQUIÃO, Rubens. *Ibid.*, p 284.

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:

- I - as energias que tenham valor econômico;
- II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;
- III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

De igual forma, a lei nº 9.279/96, que regula a propriedade industrial, equipara à bens móveis os direitos sobre propriedade industrial:

Art. 5º Consideram-se bens móveis, para os efeitos legais, os direitos de propriedade industrial.

Em suma, o próprio ordenamento jurídico admite bens incorpóreos como categorias de bens móveis, de forma a poderem ser negociados como tal. Por fim, resta apontar que o próprio conceito de bem não está limitado pelo fator materialidade. Neste sentido, incontestemente a palavra de Vicente Rao:

É essa última consideração a que nos interessa ao definirmos o *objeto* dos direitos, pois, segundo reiteradamente dissemos, os direitos são conferidos aos homens para que eles possam alcançar os bens, materiais ou imateriais, convenientes ou necessários à sua conservação e ao seu aperfeiçoamento individual e social, ou à conservação e desenvolvimento de seus semelhantes, ou da coletividade considerada em seu todo, bens que lhes proporcionam, ademais, os meios indispensáveis à livre expansão de sua personalidade, em busca do destino que lhes é ditado por sua própria natureza.

Assim é que, sob o aspecto jurídico, chama-se bem, em sentido amplo, o objeto dos direitos; ou, com maior precisão, diz-se objeto dos direitos o bem sobre o qual o titular exerce os poderes que a ordem jurídica lhe reconhece.³⁸

Prossegue o mestre:

O sentido jurídico da palavra *bem* é mais restrito, pois, do que o seu sentido filosófico; mas, substancialmente, aquele se compreende neste, porque num caso e noutro, tanto o simples agente, quanto o agente titular do direito, tendem à consecução daquilo que convém à realização de suas aspirações individuais ou sociais, à satisfação de suas exigências próprias, quer consista em coisa corpórea ou incorpórea, quer consista no exercício de sua própria atividade, ou em ato de outrem.³⁹

E, para que não haja dúvida, Vicente Rao arremata com citação de Espínola:

A palavra *bens*, que na ciência econômica pode ser empregada para exprimir tudo quanto é capaz de satisfazer as necessidades humanas, na terminologia jurídica, em sentido lato, indica tudo quanto é suscetível de se tornar objeto de direito e, em sentido restrito, significa apenas as coisas que são objeto de direito que formam o nosso patrimônio ou a nossa riqueza.⁴⁰

³⁸ RÁO, Vicente. *Ibid.*, p. 728.

³⁹ RÁO, Vicente. *Ibid.*, p. 728.

⁴⁰ ESPÍNOLA *apud* VICENTE RAO, p. 729.

Em síntese, o termo “bem”, no direito, se refere a qualquer objeto de direito. Um objeto de direito é um dos elementos que compõe as relações jurídicas: o sujeito, o objeto e um direito que os une.

Ademais, o conceito de universalidade de fato (artigo 90 do código civil) é um conjunto de bens que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária. E o mesmo código civil, no art. 1.142 determina que “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”. Assim, amolda-se claramente no conceito de universalidade de fato por determinação legal.

Fran Martins se filia à esta corrente, indicando que o fundo de comércio é “(...) um conjunto de coisas distintas, com individualidade própria, que se transformam num todo pela vontade do comerciante.”⁴¹ Mesma opinião é professada por Carvalho Mendonça:

O estabelecimento commercial é simples universalidade de facto. Esse conjunto de cousas, criado, constituído e dirigido pela vontade do homem, apresenta caracter proprio, distincto dos seus elementos componentes, ainda que estes não se constituam de cousas materiaes, podendo, como tal, ser objecto de actos jurídicos.⁴²

Requião, citando Julliot de la Morandière⁴³, critica esta visão, indicando que se trata apenas da constatação de um fato, que nada explica acerca da figura jurídica formada. Contudo, como demonstrado anteriormente, a figura da empresa existe previamente à sua moldura dada pelo direito. Assim, o fato de a lei apenas reconhecer a existência deste elemento de empresa, em nada prejudica a sua tradução para o direito. As consequências de qualquer universalidade de direito não estão previstas no ordenamento, e sim na destinação determinada pelo seu dono.

2.2 COMPOSIÇÃO DO FUNDO DE COMÉRCIO

Determinada sua natureza jurídica, resta localizar sua constituição. Sendo o complexo de bens organizados para o exercício da empresa, pode-se inferir que é organizado pelo empresário, e direcionado para o mercado, ou melhor, para o exercício da atividade empresarial.

Fran Martins afirma que para facilitar o exercício da atividade, o empresário se cerca de um sem número de bens, corpóreos ou não. Importa frisar que, como universalidade, não se desfaz quando um de seus elementos é retirado. Por exemplo, quando a mercadoria, que integra

⁴¹ MARTINS, Fran. *Ibid.*, p. 349.

⁴² CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Ibid.*, p. 19.

⁴³ REQUIÃO, Rubens. *Ibid.*, p. 279.

o complexo e bens, é vendida, o fundo permanece o mesmo. Assim o será, enquanto persistir o exercício da empresa - objetivo que conecta os bens componentes do fundo.

Gonçalves Neto aponta que a existência do fundo está condicionada à existirem tantos bens quantos necessário para que não seja desnaturada sua função - o exercício da empresa. Sem o essencial, extingue-se o fundo - e por consequência, a empresa. É digno de nota, conforme apontado por Fran Martins, que cada atividade está ligada à um mínimo essencial, determinado pela forma de organização e pelo produto ou serviço negociados. Assim, os bens necessários para compor o fundo de comércio de uma padaria diferem daqueles necessários para uma empresa de transporte. Desta forma, não existe um padrão mínimo que possa ser mensurado. Mesmo em se tratando de atividades empresariais similares: uma empresa de transporte pode ser constituída por meio de uma frota de caminhões, pátios, armazéns, contratos de trabalho; ou apenas por um único veículo; sem que este fato desnature a empresa. Igual opinião é proferida por Carvalho de Mendonça:

Na prática ordinária, estes elementos acham-se reunidos; mas cada um, tendo natureza diferente e estando accidentalmente congregado, subsiste por si, independentemente dos outros.

O estabelecimento comercial póde não ter mais que um desses elementos. Assim, o que tiver por objecto comissões e consignações muitas vezes não precisa mais do que a freguesia.⁴⁴

Outra importante consideração deixada pela doutrina é a necessidade/possibilidade de “afetação patrimonial”. Como o fundo de comércio se trata do complexo de bens utilizado para o efetivo exercício da empresa, pode-se cogitar a existência de patrimônio pertencente ao empresário que não é destinado à este fim. Assim, o fundo de comércio é uma seção do conjunto de patrimônio do empresário; este pode, inclusive, possuir diferentes fundos de comércio, referentes à diversas empresas que exerça. Assim, um empresário que exerça empresa no ramo de panificação pode possuir um imóvel desocupado, ou títulos mobiliários. Tais bens integram o patrimônio do empresário, e não seu fundo de comércio.

Interessante questão se coloca no caso de um mesmo empresário produzir diversas etapas de um mesmo produto final. Tome-se o empresário que produz um produto no estágio I, que para ser comercializado deve ainda passar pelo estágio II e, posteriormente pela distribuição. Caso este mesmo empresário adquira os meios para realizar todas as três etapas, por acaso terá apenas um fundo de comércio, referente à apenas uma empresa, ou três fundos de comércio, em três diferentes empresas? Sob pena de fuga para temas paralelos, tal questão não pode ser melhor retratada no presente trabalho.

⁴⁴ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Ibid.*, p. 18.

Ainda sobre a afetação dos bens em um fundo de comércio, Tomazette aponta que não é necessário pertencerem ao empresário, sugerindo bastar que este exerça sobre aqueles algum dos poderes inerentes à propriedade. Em outras palavras, é suficiente que os bens integrem o patrimônio do empresário, não importa à qual título for. O melhor dos exemplos é o imóvel: não é necessário que seja adquirido para que integre o fundo de comércio, podendo ser apenas locado.

2.3 ELEMENTOS QUE COMPÕE O FUNDO DE COMÉRCIO

Finalmente, outra questão relevante que se coloca é acerca da classificação dos bens em si que compõe o fundo. Conforme aponta Requião, esta determinação é dificultada pelo debate acerca da natureza do fundo de comércio. A depender da teoria adotada, cada doutrinador desconsidera determinados bens. Cita-se como exemplo o próprio mestre Requião. Ao considerar o fundo de comércio como bem móvel entende que dele não pode fazer parte o bem imóvel - dada a impossibilidade lógica - considerando apenas o ponto comercial como elemento do fundo.

Há, contudo, certo tratamento constante dado pela doutrina à questão, que permite o avanço do debate. Ademais, considerando-se o fundo de comércio como um *universitas facti*, conforme demonstrado anteriormente, pode-se ainda avançar na elaboração de uma teoria integrada acerca do assunto, reconciliando as opiniões da doutrina com a investigação empírica. Tendo este dado em mente, fica mais fácil enumerar os elementos que podem compor o fundo.

A doutrina tradicionalmente divide os bens individuais componentes do fundo entre corpóreos e incorpóreos. Dentre os primeiros, inclui o maquinário, mercadorias, instalações e utensílios. No segundo, o ponto comercial, privilégios de invenção, modelos de utilidade, marcas, desenhos industriais. Quanto à estes elementos, não há discordância. Este trabalho ater-se-á, portanto, naqueles os quais há divergência, bem como os que detenham relevância acentuada para o desenvolvimento dos demais capítulos.

Inicialmente, considere-se a propriedade imobiliária. Conforme apontado acima, Requião entende não fazer parte do fundo, ante o caráter de propriedade móvel. Contudo, o próprio Requião, em sua obra, aponta doutrina contrária, citando Von Gierke em especial ⁴⁵ Ademais, Fran Martins garante que os imóveis fazem parte do fundo, citando os armazéns para estocagem, os prédios de instalação de usinas e etc, afirmando que, em caso de venda do fundo de comércio, operada através do contrato denominado de “trespasse”, o imóvel estará incluído,

⁴⁵ REQUIÃO, Rubens. *Ibid.*, p. 292.

exceto se o contrário for disposto. Ademais, a noção ou natureza do fundo não são afetados pela presença da propriedade imobiliária, de forma que, respeitosamente, discorda-se do mestre Requião.

Outra próspera fonte de discussão são os contratos firmados pelo empresário. Tamburrino, citado por Requião, indica que contratos não podem fazer parte do fundo porque “relações jurídicas não são bens”. Em razão deste posicionamento, Requião indica que os contratos firmados também são elementos da empresa, porque utilizados para o funcionamento do fundo de comércio, criando distinção sutil entre o fundo e os contratos, que auxiliam o auxiliam.

Contudo, conforme é considerado pelo presente trabalho, três são os elementos de empresa. Os contratos teriam de se integrar à um deles. O empresário exerce a atividade econômica por meio da organização, ou coordenação, de um conjunto de bens destinados à esta atividade. Não pertencendo à nenhum dos dois primeiros, é necessário que se integre ao terceiro.

Gonçalves Neto apresenta inteligente argumento acerca da matéria. Afirma incluir-se no fundo todos os direitos utilizados para o exercício da empresa. Os contratos constituem as fontes deste direito. Ora, sendo o contrato um negócio jurídico, que compõe uma categoria qualificada de ato jurídico, de fato, não poderia ocupar o lugar de objeto de direito em uma relação jurídica. Contudo, com o negócio se origina uma relação obrigacional entre dois sujeitos - credor e devedor - e entre eles uma conexão - a obrigação. Esta obrigação compõe o patrimônio do credor, e pode ser negociada. Portanto, o negócio jurídico é a fonte de direito, este sim, elemento do fundo de comércio, que pode com ele ser negociado.

O crédito resultante da obrigação compõe o patrimônio do empresário e as dívidas são os ônus, que atacam o patrimônio do empresário. Desta forma, estes elementos também não compõe, em primeira análise, o fundo de comércio. Por exemplo, a matéria prima contratada com fornecedor, mas ainda não recebida, comporia o fundo de comércio, por constituir crédito afetado para o exercício da empresa; o dinheiro resultante da alienação de imóvel não afetado ao exercício da empresa, não.

Tal solução aponta aquilo que é evidente: os direitos do empresário que foram afetados ao exercício da empresa fazem parte do fundo de comércio porque compõe o conjunto de bens organizados.

Cumprir lembrar ainda que direito é uma relação jurídica estabelecida entre um sujeito e um objeto, em virtude de uma norma. E, por compor o patrimônio jurídico do sujeito, os

direitos também podem ser considerados objetos de direito. Acerca do tema, afirma Vicente Rao:

O direito sobre direito é figura que já se encontra nas fontes romanas (...) E também se encontra na generalidade das legislações (...) e em outras muitas disposições legais nossas.

Fadda e Bensa, em nota ao §48-a, às *Pandectas* de Windscheid, admitem a figura jurídica do direito sobre direito e, (...) esclarecem que o próprio Windscheid, a quem semelhante conceito repugnava, reconhecia, contudo, que “o direito sobre o direito tem, certamente, por objeto imediato este direito. [...] Este último autor [Eneccerus], depois de referir que “é muito discutido se um direito pode, por sua vez, ser objeto de outro direito, isto é, se, por exemplo, no usufruto sobre um crédito deve o crédito ser considerado realmente como o objeto daquele direito”, acrescenta: ‘a questão há de ser resolvida afirmativamente, pois nesse caso existem faculdades outras que recaem sobre o seu objeto’ (*Trat. Der. Civ.*, trad. Esp., v. I, §70, 5)⁴⁶

Arrematando a questão, conclui o mestre:

(...) o que nos cumpre acentuar, tão-somente, é que, em princípio, apenas os direitos suscetíveis de alienação ou transferência, particularmente na esfera patrimonial, podem ser objeto de outros direitos.⁴⁷

Em suma, os direitos, especialmente aqueles de cunho patrimonial, podem constituir objeto de direito e, por consequência, serem considerados como bens, conforme denominação apresentada anteriormente. Por consequência, os direitos que decorrem de contratos firmados pelo empresário para o exercício da empresa integram o complexo de bens denominado fundo de comércio.

No tocante aos direitos decorrentes de contratos, importante anotação deve ser feita quanto aos poderes decorrentes da propriedade, em especial ao direito de uso e gozo. Estes também compõe o fundo de comércio. Portanto, o contrato de locação também faz parte deste complexo de bens.

Última interessante questão acerca dos bens que podem compor o fundo de comércio é a análise da própria pessoa jurídica enquanto patrimônio. A personalidade jurídica empresarial surgiu como um elemento limitador de responsabilidade patrimonial, que serviu para expandir o exercício de empresa. Ainda que hoje o elemento limitador de responsabilidade tenha se expandido também para as figuras de empresários individuais, inicialmente, as personalidades jurídicas empresariais eram exclusivamente sociedades. Tais sociedades eram, como ainda o são, divididas por cotas ou ações, que pertencem à cada um dos sócios.

Por pertencer, entende-se que as cotas sociais e as ações constituem patrimônio do sujeito de direito, e como tal, também constituem bens, passíveis de negociação e afetação para

⁴⁶ RÁO, Vicente. *Ibid.*, p. 737.

⁴⁷ RÁO, Vicente. *Ibid.*, p. 738.

fim específico. É digno de nota o uso criativo desta ferramenta pelos empresários: a possibilidade de constituir sociedades empresárias, para que exerçam fins específicos dentro da organização de suas empresas - e não como empresas em si.

É notório o uso de consórcios e sociedades de propósito específico por empreendedores, a fim de explorar seus negócios de forma inovadora. Contudo, o uso de ferramentas societárias vai além. Empresários, mesmo que de tamanho moderado, criam diferentes sociedades para cada um dos seus estágios de produção, formando grandes “conglomerados de empresas” e “grupos econômicos”. Contudo, cada uma destas novas personalidades jurídicas não constitui, necessariamente, um novo empresário. Como apontado anteriormente, a auto-organização é o que determina o elemento empresário.

Assim, duas consequências podem ser distinguidas em função do uso da ferramenta societária pelos empresários. Inicialmente, o fato de que o fundo de comércio de determinada empresa pode ser constituído pelo controle de outras pessoas jurídicas, através da posse de suas cotas societárias, desde que cumpram o requisito elementar de terem como finalidade o exercício da atividade empresarial.

Segundo, acerca da alienação do fundo de comércio pelo empresário, é possível se considerar dois cenários: *i*) a alienação do fundo, por meio de contrato de trespasse, através do qual o fundo é transferido como a universalidade de fato que é; ou *ii*) a alienação das cotas da sociedade empresária que detém o fundo, de forma que um empresário entregue à outro o controle da sociedade empresária dona do fundo de comércio.

Esta última hipótese ocorre comumente no meio mercantil. Ainda que não o fosse, a mera possibilidade - fática e jurídica - de que ocorra nos obriga a considerar se, de fato, a figura do empresário pode ser representada por pessoa jurídica, ou se esta é apenas um aparato limitador de responsabilidade individual, utilizado pelos empresários.

Indo além, considerando-se esta última hipótese como verdadeira, abrem-se uma série de novas questões. Por exemplo, como seria possível identificar a figura do empresário em qualquer sociedade anônima? Afinal, por tratar-se de sociedade exclusivamente de patrimônio, e não pessoal, seu controle pode ser exercido por um conjunto de pessoas indeterminadas. Quem sabe a noção de sociedade anônima seja mesmo ligada à impossibilidade de se determinar a figura do empresário.

De qualquer forma, para os fins do presente trabalho, resta deixar consignado que a própria figura da pessoa jurídica é, por vezes explorada pelo empresário como patrimônio, dadas as vantagens jurídicas e organizacionais que proporciona, e não representa necessariamente o nascimento de um novo empresário.

Por fim há que se apontar que o fundo de comércio possui, em si, um valor próprio. Seu valor não se resume à soma dos seus elementos, mas deriva de fatores como o reconhecimento do público e da clientela conquistada. Tais fatores garantem uma expectativa de rendimentos futuros, expectativa esta que irradia do fundo na forma de uma qualidade. Tal fenômeno, denominado aviamento, deve ser melhor analisado em tópico próprio.

2.4 AVIAMENTO

Assim como todos os demais conceitos da teoria de empresa, a figura do aviamento também se encontra encoberta por uma cortina de fumaça. Talvez como efeito da indecisão doutrinária quanto à natureza jurídica da empresa. Coroando esta incerteza doutrinária, Requião declara:

Não tomamos posição radial nessa controvérsia. Pensamos que o aviamento, bem como a clientela, tanto pode ser considerado como elemento direto da empresa, como do estabelecimento comercial.⁴⁸

Há, contudo, que se determinar os contornos da matéria estudada. Ainda Requião, tenta definir o atual *status quaestionis*:

basta lembrar que Garrigues, em seu Tratado de Derecho Mercantil, estuda a clientela e as expectativas (aviamento) como relações de fato da empresa; Ferri analisa-o sob a denominação de avviamento dell' azienda, “ma per alter ragioni”, formula-o como um valor acrescido ao complexo de bens que constituem a azienda; ou, como Tamburrino, que sintetiza opiniões esclarecendo que o aviamento é uma qualidade da azienda, e a clientela um fator do aviamento.⁴⁹

No mesmo esforço, Negrão indica que o aviamento já foi considerado: *i*) elemento incorpóreo do estabelecimento; *ii*) o próprio estabelecimento; *iii*) atributo ou qualidade do estabelecimento; e *iv*) resultado da soma dos fatores do estabelecimento e da pessoa do titular.

Ora professando uma, ora outra das opiniões resumidas acima, a doutrina conseguiu lapidar alguns conceitos primordiais do aviamento. Porém, o único que procurou suas origens históricas foi Alfredo Buzaid, em sua obra *Da Ação Renovatória*.

Nas palavras de Oscar Barreto Filho⁵⁰, indicava Buzaid que já no século XIII, aos comerciantes e artesãos que ocupava espaço locado, eram garantidos dois direitos: o *jus instrature* (direito de indenização, quando saísse do imóvel, ante o fluxo de clientes que havia trazido ao local); e o *jus satiandi* (direito de permanecer no imóvel, estendendo seu contrato de

⁴⁸ RÁO, Vicente. *Ibid.*, p. 345.

⁴⁹ REQUIÃO, Rubens. *Ibid.*, p. 246.

⁵⁰ BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial: Fundo de Comércio ou Fazenda Mercantil*. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 167.

locação, em razão da clientela criada). Aponta ainda que, para possuir o segundo, o comerciante deveria ser matriculado no rol da corporação e exercer seu ofício atual pelo espaço de cinco anos. Nas palavras de Barreto Filho:

Era finalidade do instituto a proteção ao exercício das artes mecânicas e da mercancia, motivo pelo qual tinha por objeto as lojas e lugares semelhantes destinados aos negócios e ao tráfico, numa palavra, o estabelecimento comercial⁵¹

Por meio desta demonstração, o mestre aponta que, desde cedo, já era reconhecido ao fundo de comércio criado pelo empresário uma expectativa de valor, baseada nas diversas características deste fundo. Assim, o exercício da empresa criaria, em torno da atividade, uma expectativa de mercado, que lhe atribuiria um valor superior à soma de suas partes. Melhor dizendo, um valor que não pertenceria à soma de suas partes, mas ao conjunto e resultado do exercício da empresa.

E, neste sentido, a doutrina é una ao afirmar que o aviamento é supervalor adquirido pelo fundo de comércio. Tal valor ou expectativa se revela no maior interesse de mercado em volta dos resultados de determinada empresa, conforme aponta Fran Martins:

Entende-se o aviamento como o conjunto de elementos que tornam o estabelecimento bem afreguesado e, assim, capaz de possibilitar maiores lucros ao comerciante, adquire ele um valor patrimonial que se efetiva por ocasião da alienação, com um preço de venda superior ao preço real das mercadorias, móveis ou imóveis que dele façam parte.⁵²

Reforçando ainda a ideia de expectativa, Barreto Filho apresenta demonstração ainda mais clara:

Visto do ângulo econômico, o aviamento é um juízo de relação entre diversos estabelecimentos que concorrem no mesmo mercado; desse confronto decorre a maior ou menor esperança de lucros futuros. Mas esse resultado, favorável ou não, estável ou transeunte, é uma situação de fato, que decorre das condições em que normalmente se exerce toda exploração econômica, no regime de livre concorrência.⁵³

O aviamento seria, então, um Juízo de valor realizado acerca da expectativa de que determinada empresa obtenha sucesso. Tal entendimento vai a encontro do que estuda a ciência contábil. Antônio Lopes de Sá⁵⁴ aponta que a avaliação do fundo de comércio depende das condições de fato do mercado - tais como a preferência dos clientes - bem como das internas da empresa - estabilidade e predisposição para o crescimento

⁵¹ BARRETO FILHO, Oscar. *Ibid.*, p. 168.

⁵² MARTINS, Fran. *Ibid.*, p. 376.

⁵³ BARRETO FILHO, Oscar. *Ibid.*, p. 169.

⁵⁴ SÁ, Antônio Lopez de. *Fundo de Comércio, Avaliação de Capital e Ativo Intangível: Doutrina e Prática*. 2º ed. Curitiba: Juruá, 2009.

Negrão, apontando doutrina estranha à tradição civilista, demonstra que também os ingleses concordam com esta definição:

Os ingleses o chamam de goodwill of a trade e o definem como “the value of a business establishment over and above its cash assets and material property”⁵⁵

No mesmo sentido, Oscar Barreto Filho aponta o conceito utilizado pela Suprema Corte Americana, definido pelo Juiz Story:

é a vantagem ou proveito que é adquirido por um estabelecimento além do mero valor do capital, ações, fundos, ou bens nele empregados, em consequência do geral apoio e estímulo público que ele recebe de clientes constantes ou habituais, por motivo de sua localização ou fama, reputação de perícia ou abundância, pontualidade, ou de outras circunstâncias acidentais ou necessidades, ou ainda de antigas parcialidades ou preconceitos.⁵⁶

Este último conceito dá relevo à figura da valoração do fundo de comércio realizada pelo mercado, além do valor individual dos bens que o compõe.

A doutrina ainda tenta analisar o que é este supervalor. O próprio Fran Martins, por exemplo, trata o aviamento como propriedade imaterial, que comporia o fundo de comércio, como um de seus elementos. Esta, contudo, não foi a opinião proferida pela maioria da doutrina, o que parece ser adequado. Afinal, jamais poderia ser um elemento imanente do fundo e, ao mesmo tempo, transcendê-lo, de forma a destacar-se dele. Um deriva do outro. Como consequência, sendo o aviamento um supervalor do fundo, não poderia ser o primeiro negociado à revelia do segundo - o adquirente nada poderia levar, e o alienante com nada ficaria.

É Oscar Barreto Filho quem melhor se dedica a explicar qual seria a natureza do aviamento. Citando Mario Rotondi⁵⁷, o mestre afirma que deve ser compreendido como uma força inercial acumulada em cada fundo de comércio, mediante a adaptação dos elementos singulares de produção, da atividade pessoal do empresário e das condições de mercado. Tal força estaria contida no fundo, mas com ele não se confundiria. Poderia ser teoricamente distinguida, porém indissociável de seus elementos objetivos (bens e serviços) e subjetivos (prestígio do empresário).

Assim, segundo Barreto Filho, seriam distinguíveis duas vertentes do aviamento. Aquele derivado dos elementos objetivos do negócio - o funcionamento do fundo de comércio e sua repercussão com o público - e aqueles derivados do elemento subjetivo do negócio - a

⁵⁵ NEGRÃO, Ricardo. *Ibid.*, p. 108.

⁵⁶ BARRETO FILHO, Oscar. *Ibid.*, p. 175.

⁵⁷ BARRETO FILHO, Oscar. *Ibid.*, p. 174.

boa organização implantada pelo empresário e seu renome perante o público. Ou seja, o aviamento seria tanto o efeito da estrutura desenvolvida pelo empresário, quanto o comportamento do próprio empresário. Mamede parece apontar no mesmo sentido:

Entregue as mesmas condições materiais para vários empreendedores e verá algumas empresas vingarem, outras não; entre as que vingarem, uma ou outra será um sucesso. As expressões fundo de comércio e estabelecimento, infelizmente, não traduzem adequadamente essa importante dimensão humana da empresa, compreendida como um certo jeito de fazer; não expressa a arquitetura e engenharia dos elementos materiais, conceituais e comportamentais necessários para o sucesso”⁵⁸

Ao tratar do assunto, Negrão se posiciona contrário ao elemento subjetivo. Exemplifica sua opinião apontando que o atendimento das lojas de departamento no Brasil, onde os vendedores tentam estabelecer uma relação pessoal com os clientes, seria inaceitável na Inglaterra, onde se requer um distanciamento maior. Desta forma, para o doutrinador, o “toque pessoal” de valorização do empreendimento estaria afastado.

Não é possível passar pelo assunto sem professar opinião. Sendo o aviamento uma expectativa, em última análise, sobre o sucesso da empresa, que conferiria ao fundo de comércio um valor além da soma dos valores de seus elementos, creio haver a possibilidade de que tal expectativa derive de fatores outros que não a boa organização do próprio fundo. Por esta razão, creio haver empreendimentos que podem ser bem avaliados pelo público em razão do empresário que os dá vida - uma empresa iniciada por Jorge Paulo Lemann teria mais respeito do público do que aquela por mim criada. E mesmo um fato finalístico poderia ser encontrado - uma empresa de tecnologia em informática seria melhor vista do que uma fábrica de carroças, independente de quem as exerça ou mesmo de quão bem organizada a estrutura de cada uma delas.

De qualquer forma, é certo que o aviamento é um sobrevalor atribuído ao fundo de comércio, e deriva da expectativa de sucesso do empreendimento - como uma relação de fato, levando-se em conta dos diversos elementos componentes da empresa e do próprio mercado no qual ela está inserido. Contudo, ainda não resta definido sua natureza. É novamente Oscar Barreto Filho quem traz inspiração, em obra que, apesar de cinquentenária, continua sendo não apenas atual, mas inovadora.

O mestre tenta apontar a natureza do aviamento, seguindo o conceito amplamente reconhecido pela doutrina. Se o aviamento é o sobrevalor ou a expectativa de lucros atribuído ao fundo de comércio, e, portanto, a ele é imanente, não faz sentido tentar entendê-lo como

⁵⁸ MAMEDE, Gladston. *Ibid.*, p. 213.

uma figura transcendente. Desta forma, exala do fundo como um de seus atributos. Elabora o mestre:

Constitui mera abstração falar do aviamento como coisa ou elemento existente por si próprio, independentemente do estabelecimento. O aviamento existe no estabelecimento, como a beleza, a saúde ou a honradez existem na pessoa humana, a velocidade no automóvel, a fertilidade no solo, constituindo qualidades incindíveis dos entes a que se referem. O aviamento não existe como elemento separado do estabelecimento, e, portanto, não pode constituir em si e por si objeto autônomo de direitos, suscetível de ser alienado, ou dado em garantia.⁵⁹

Afirma Barreto Filho que tal concepção foi primeiramente desenvolvida por Carnelutti e adotada por Finocchiaro e Rocco, e no Brasil, por Waldemar Ferreira e João Eunápio Borges⁶⁰. Mais recentemente, Gonçalves Neto e Requião. Este último ainda aponta que a doutrina espanhola (exemplificada por Garrigues) se refere a esta característica como *expectativa*, e a doutrina alemã como *chancen*⁶¹.

Como corolário, não se pode cogitar um dano ao aviamento e sim um dano ao fundo de comércio, que tem como consequência uma redução do aviamento, paralelamente ao que ocorre nos danos extrapatrimoniais.

Com efeito, cada sujeito é dotado de um conjunto de direitos denominados *de personalidade*, derivados das qualidades humanas, como a imagem, a integridade física e a honra. Cada um destes direitos pode ser violado em separado, assumindo, tal violação, uma nomenclatura diferente. Assim, um dano à imagem é chamado de *dano de imagem*; um dano à integridade física é denominado *estético*, e um dano à honra é denominado *moral*. Nestas situações, não ocorre uma perda do atributo em sí, mas um dano sofrido pela pessoa que reflete na diminuição do atributo.

O mestre Carvalho de Mendonça encontra designação ainda mais apropriada a explicar tal qualidade. Inicialmente, define o aviamento: “Sob esse qualificativo queremos designar a aptidão ou disposição do estabelecimento commercial ao fim a que se destina.”⁶² Prossegue, em nota acerca desta colocação:

Os tratadistas italianos empregam no mesmo sentido a palavra *aviamento*. Podemos adoptar identica palavra em vernáculo, que significa *preparativo, acção de aviar, de apromptar* (Candido de Figueiredo, aviamento, aviar), *preparativos, aprestos e accessorios precisos para concluir uma obra*

⁵⁹ BARRETO FILHO, Oscar. *Ibid.*, p. 171.

⁶⁰ BARRETO FILHO, Oscar. *Ibid.*, 1988, p. 173.

⁶¹ REQUIÃO, Rubens. *Ibid.*, p. 346.

⁶² CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Ibid.*, p. 21.

(Aulete), *preparo, aparelho para se fazer alguma cousa* (Frei Domingos Vieira).⁶³

Dai se conclui que aviamento é a qualidade que possui o fundo de comércio de atingir a sua finalidade - o exercício da empresa. E, paralelamente à relação de velocidade no veículo ou de fertilidade no solo, tanto maior será esta qualidade quanto mais preparado o fundo para o seu fim.

Tendo em vista esta conceituação, é possível melhor unificar a opinião da doutrina. Ao tomar o aviamento pela capacidade de gerar lucro, ou como expectativa de lucros, faz-se com significado metonímico, trocando a causa pelo efeito. Desta forma, ao invés de se indicar que o aviamento é a qualidade de determinado fundo de comércio de estar preparado para gerar lucros, indica-se que o aviamento é esta mesma expectativa de lucros.

Há ainda importante consideração deriva desta afirmação. Se o aviamento é um atributo que deriva do fundo de comércio tal qual “*a beleza, a saúde ou a honradez existem na pessoa humana, a velocidade no automóvel, a fertilidade no solo*”, não pode ser tutelado em si. Pela mesma razão, nenhuma lei poderia garantir ao ser humano dignidade. É impossível conferir atributo à agente que não o possui. A mesma noção inspirou Thomas Jefferson à declarar como direito humano a busca da felicidade, e não a felicidade em si.⁶⁴

Sendo uma característica inerente de determinado ente, ela somente pode ser protegida por meio da possibilidade de sua manutenção. Colocando-se de outro modo, a tutela do aviamento é concretizada pelo ordenamento jurídico por meio do direito ao aviamento. Assim, uma violação ao fundo de comércio, que represente diminuição do aviamento, é considerada dano.

A proteção legal será sempre ao fundo de comércio, a fim de evitar a perda de aviamento, da mesma forma como se protege a integridade física, para evitar perder o *valor estético*. Isto é o que ocorre na renovação forçada de locação (proposição que pretendo expor mais a frente).

Em conclusão, o aviamento é o atributo do fundo de comércio. O valor deste fundo, enquanto medida de sua utilidade, deriva da expectativa de produzir lucro, em virtude das relações reais dos elementos de empresa com o mercado, que permitem determinar o quão preparado está o fundo para atingir sua finalidade.

⁶³ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Ibid.*, p. 21, nota 1.

⁶⁴ “We hold these truths to be self-evident, that all Men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the Pursuit of Happiness...”, Declaração de Independência, 1776.

Ilustrativa aplicação deste conceito foi empregada pelo Supremo Tribunal Federal em caso no qual atuaram em lados opostos duas entidades do direito brasileiro: Carvalho de Mendonça pelos Autores e Rui Barbosa pelos Réus. Relatada por diversos doutrinadores nacionais ao estudarem da figura do aviamento (Negrão e Requião, por exemplo), a lide versava sobre a existência implícita de cláusula de não competição em contrato de trespasse. Há época, ainda sob o regime do código comercial, não havia previsão acerca da matéria.

O relatório, conforme descrito por Negrão:

Por meio de perícia apurou-se que o valor total desse estabelecimento - a fábrica - era de dez mil e quinhentos contos de réis, sendo que sete mil e quinhentos representavam os bens (imóvel, mercadorias, matérias-primas, acessórios, sobressalentes e ativo a cobrar) e três mil réis representavam “a reputação que tem sabido granjear para os seus produtos, logrando constituir e manter uma freguesia certa e escolhida em vários Estados do Brasil) tudo que representa o fruto de um inteligente esforço de quase 20 anos)” (apud Brasil, Supremo Tribunal Federal, acórdão nº 218, de 12 de agosto de 1914, RT, 12/180-189, dez. 1914). Posteriormente, direto do voto: “o excesso de três mil contos corresponde ao valor da posição conquistada no mercado pela fábrica Santana, valor que, embora incorpóreo, não é menos apreciável que o de qualquer dos terrenos, edifícios sujeitos à avaliação, porquanto ao tempo da constituição da sociedade anônima, fábrica Santana, estava perfeitamente aparelhada para corresponder e na realidade correspondia às exigências do mercado consumidor, que ela havia conquistado pelo critério, propriedade e firmeza de plano das instalações e pela reputação de seus produtos. Considerando que foi a estes dois fatores ou, na síntese dos peritos, a este fruto de um inteligente esforço de quase 20 anos que foi dado o valor de três mil contos de réis, ou em outros termos a todo o organismo industrial Santana, longa e inteligentemente trabalhado para a sua função econômica que os peritos deram o valor de dez mil e quinhentos contos de réis.”⁶⁵

Tal valor, de três mil contos de réis, representavam a superavaliação do fundo de comércio em função do alto aviamento da empresa. Apenas como curiosa nota histórica, aponta-se que a atuação neste caso parece ter marcado a vida de ambos os juristas. Rui Barbosa publica no ano de 2013 obra sobre o assunto. Posteriormente, em seu *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Carvalho de Mendonça tece amargo comentário:

⁶⁵ NEGRÃO, Ricardo. *Ibid.*, p. 115.

Corre impresso um trabalho do Sr. Conselheiro Ruy Barbosa, sob o título: *As cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriaes*, 1913, que contém as allegações forenses na causa da Companhia Nacional de Tecidos de Juta contra o Conde Penteadado e a Companhia Paulista de Aniagens. A estas razões forenses oppomos as nossas, como advogado daquela companhia, e solicitamos encarecidamente quem deseje formar juízo seguro a leitura deste nosso trabalho em três volumes (memoriaes) e os votos de Pedro Lessa nos accórdams de 30 e Abril de 1913 e de 12 de Agosto de 1914 do Supremo Tribunal Federal (*Revista do Supremo Tribunal*, vol. 2º, pags. 480-483, e vol. 3º pags. 187-194). Ninguém firme juízo sobre esta famosa causa sem apreciar as razões dos dois litigantes. É somente o que pedimos.⁶⁶

Apesar de não ter sido sua a tese vencedora, o caso parece ter marcado a vida do jurista. Suas notas, cem anos após elaboradas, continuam inestimáveis para o estudo da matéria. Na referida obra, Carvalho Mendonça aponta três fatores que concorrem para o aviamento do fundo de comércio: *i)* o aparelhamento, representado pela boa organização da empresa; *ii)* a reputação comercial, representada pelo bom nome do empresário; e *iii)* a freguesia. O estudo deste último quesito deve ser melhor elaborado.

2.5 CLIENTELA

Conforme apontado anteriormente, o empresário organiza a empresa com a finalidade de realizar determinada atividade econômica. Mais especificamente, conforme reconhecido pelo artigo 966 do código civil, objetiva a “circulação de bens ou serviços”. Por evidente, tal noção implica a existência, efetiva ou potencial, de quem possa consumi-los. Estes representam o que se denomina clientela que, nas palavras de Mamede, são a “totalidade daqueles a quem se dirigem os esforços da empresa”⁶⁷

A doutrina nacional é uniforme na conceituação e tratamento da matéria. Inicialmente, atingiu harmonia quanto à natureza jurídica. Ao longo da história, Autores houve que defenderam a existência de um direito à clientela, chegando a tratá-la como um direito real. A tal conclusão chegou Jean Escarra, por crer se tratar de um direito de abstenção, oponível à todos, baseado nas propriedades imateriais das quais derivaria. Requião⁶⁸ afirma que Taburrina, baseado em Cernelutti e Auletta, afirmava que a clientela seria um bem imaterial.

Em contrapartida, Vittorio Salandra, conforme aponta Requião, indicava a impossibilidade de tais considerações. O titular do fundo de comércio jamais poderia ter *direito*

⁶⁶ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Ibid.*, p. 158, nota 9.

⁶⁷ MAMEDE, Gladston. *Ibid.*, p.291.

⁶⁸ REQUIÃO, Rubens. *Ibid.*, p. 348.

sobre a clientela, mas apenas o direito de que a clientela não lhe fosse subtraída com “procedimento incorreto”.

Dada a evidente impossibilidade de tratar um sujeito de direito, que é o cliente, como objeto de direito, a doutrina, em uníssono, passou a reconhecer a clientela como um fator do aviamento, e sua proteção a ser feita através da proteção contra a concorrência desleal.

Em breve síntese da doutrina nacional:

A ideia de cliente compreende toda pessoa que compõe. (1) constante ou eventualmente, (2) potencial ou concretamente, o universo dos destinatários da atividade empresarial.⁶⁹

Opinião parecida é professada por Barreto Filho:

conjunto de pessoas que, de fato, mantém com o estabelecimento relações continuadas de procura de bens e de serviços⁷⁰

Também encontrada em Requião:

Cliente é a pessoa que mantém com o estabelecimento comercial relações contínuas para a aquisição de bens ou serviços.⁷¹

Acompanhada por Gonçalves Neto:

Ao conjunto de pessoas que frequenta com regularidade o estabelecimento, ocasionalmente ou em virtude de relações continuadas de negócio, dá-se o nome de clientela.⁷²

Também encontrada em Ascarelli, citado por Barreto Filho:

que define como a habitualidade do fluxo de adquirentes de serviços ou bens produzidos pelo estabelecimento - habitualidade que tem como causa nos fatores do aviamento, enquanto o estabelecimento seja explorado.⁷³

Ocorre que tal tratamento é insuficiente para determinar o que é o objeto de estudo, ou mesmo para integrá-lo com os demais conceitos da teoria da empresa. Em seu estado atual, não pode ser utilizado para a produção de conhecimento sobre o assunto. Esta impossibilidade, por vezes é reconhecida pela doutrina. O último avanço doutrinário acerca do assunto foi realizado por Carvalho Mendonça em obra quase centenária. Afirma o mestre que seria necessário separar o termo freguesia do clientela. O primeiro, deveria ser utilizado para atividades comerciais, dependentes de sua localização; o segundo pertenceria aos profissionais liberais,

⁶⁹ MAMEDE, Gladston. *Ibid.*, p. 291.

⁷⁰ BARRETO FILHO, Oscar. *Ibid.*, p. 178.

⁷¹ REQUIÃO, Rubens. *Ibid.*, p. 347.

⁷² GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Ibid.*, p. 583.

⁷³ BARRETO FILHO *apud* ASCARELI, p. 179.

em razão de uma individualidade característica do serviço. Contudo, ainda esta diferenciação não se presta para melhor análise da matéria.

Conforme apontado por Barreto Filho⁷⁴, não há uma correta classificação da matéria, ainda que possamos nos beneficiar dela:

Embora em nosso país as palavras clientela e freguesia seja usadas como sinônimas, (...), seria de toda conveniência imprimir maior rigor terminológico à sua utilização.

Aponta que a doutrina francesa faz distinções internas dentro do fenômeno da clientela, jamais analisadas pelo ordenamento pátrio:

Os franceses utilizam os termos: *achalandage*, para designar o conjunto de compradores (*chalandes*) ligados ao estabelecimento em razão de considerações objetivas (vizinhança, comodidade, etc); e *clientèle* para nomear a reunião de pessoas (*clients*) atraídas pela confiança nas qualidades pessoais do titular do estabelecimento.

Em obra um pouco mais recente, o autor Fernando Albino de Oliveira avança ainda mais nesta exposição:

Com base nessas diferenças, no direito francês a doutrina procurou sistematizar os tipos de clientela. O primeiro tipo é o de natureza passageira, constituída dos transeuntes que frequentam o estabelecimento por passarem em frente dele. É o chamado *pas de porte*. O segundo é o que se denomina *achalandage*, constituído pelo conjunto de compradores que procuram o estabelecimento pela originalidade de seus produtos, característica de suas instalações, efeito de sua aparência visual. Finalmente, existe a *clientèle*, constituída pelos compradores que são atraídos pelas qualidades e características pessoais do comerciante.⁷⁵

Os autores supramencionados apontam a existência de classificação jamais aprofundada pela doutrina pátria. A questão, que a primeira vista pode parecer meramente acadêmica, assume importância no estudo do valor do fundo de comércio. Afinal, sendo a clientela um dos elementos que podem determinar o quão aviado determinado fundo se encontra, é relevante localizar quais as razões que levam a clientela a escolher contratar com determinada empresa.

Tome-se como exemplo uma lanchonete, instalada em estação rodoviária. Aqueles que consomem seus produtos, em realidade, estão de passagem pela rodoviária e, dificilmente, fariam o caminho contrário para novamente lá consumir. Por esta razão, tal empresa se encontra menos aviada do que empresas do mesmo ramo com clientela própria, e conseqüentemente, menos valor de mercado. Tal dado é relevante para melhor determinar a extensão do fundo de comércio, e de possível indenização em caso de dano sofrido.

⁷⁴ BARRETO FILHO, Oscar. *Ibid.*, p. 180.

⁷⁵ ALBINO DE OLIVEIRA, Fernando. "Fundo de Comércio em shopping center". In *Shopping Centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência*, organizado por Fernando ALBINO DE OLIVEIRA e Roberto Wilson RENAULT PINTO. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 55.

Fernando Albino de Oliveira aponta que os tribunais franceses chegaram a levar tal análise muito além, negando o direito de renovação forçada do contrato de locação, em função da inexistência de clientela própria:

Exemplos semelhantes ou análogos a esses, que podem parecer no direito brasileiro novidade, já conheceram em outros países reconhecimento jurisprudencial. O direito francês, onde a faculdade à renovação do contrato de locação em estabelecimento locado constitui aquilo que se denomina *droit au bail*, contém inúmeros exemplos jurisprudenciais que bem confirmam aquilo que se está dizendo.

Os tribunais franceses, por exemplo, declararam que as atividades comerciais instaladas em outros estabelecimentos não tem o direito à renovação. Bares, restaurantes e quiosques, instalados dentro de uma praça de esportes, ou então dentro de hipódromos, foram considerados como não tendo direito à renovação do contrato, por não terem, a rigor, clientela própria. Entendeu-se que esta ia ao estabelecimento comercial não pelo fato de querer frequentá-lo, mas sim para estar na praça de esportes, assistir às corridas de cavalos, e assim por diante (24.04.700, D. 1970, 381 note R-2; J.P.C. 1970.II.16489 note Bocarra). O cliente vai à Tour Eiffel para frequentar o restaurante ou vai à Tour Eiffel e, lá estando, frequenta o restaurante?⁷⁶

Em síntese, admitiram as cortes francesas que o direito de renovação deriva da conquista de clientela própria e, em função disto, negaram a primeira para aqueles que não possuíssem a segunda. Ainda que discorde das premissas, além do fato de que tal direito, no ordenamento jurídico brasileiro, decorre da letra fria da lei, requer a prova de clientela como requisito para a renovação, é digno de nota o possível uso de ferramenta não desenvolvida pela doutrina.

Baseado nos estudos dos doutrinadores supramencionados, é possível apontar ao menos três manifestações diferentes do fenômeno da clientela. Inicialmente, pode-se apontar o consumidor conquistado em função da boa localização da empresa. Esta é a situação comum à maior parte das lojas de rodoviárias, estádios esportivos e Shopping Centers. Sua boa localização atraem transeuntes que procuram pelos serviços oferecidos. Ausente termo específico na doutrina nacional e tendo como referência a pesquisa realizada por Albino de Oliveira, pode-se denominar esta espécie de cliente de passagem.

Em sequência, pode-se identificar o consumidor que busca determinada empresa em razão da fama de produto ou serviço que ofereça. Com base na “*originalidade de seus produtos, característica de suas instalações, efeito de sua aparência visual*”, o consumidor desenvolve relação de preferência com a marca, podendo manter certa estabilidade ou

⁷⁶ ALBINO DE OLIVEIRA, Fernando. Ibid., p. 63.

habitualidade no consumo. Mantendo paralelo com a doutrina francesa, conforme apresentada por Albino de Oliveira, pode-se denominar esta categoria de freguesia.

Por fim, é possível identificar o consumidor que possui relação de preferência diretamente com a pessoa do empresário. Esta categoria costuma ser melhor identificada com serviços prestados por profissionais liberais. Ao contratar médico ou advogado, não é o produto, a marca ou a localização o maior fator levado em consideração. Esta sim, ainda mantendo paralelo com a doutrina apresentada, bem como com a indicação de Carvalho de Mendonça, pode ser denominada de clientela.

Como visto, análise rápida demonstra que os fatores apontados pela doutrina majoritária não parecem retratar corretamente as relações havidas entre a empresa e seus clientes. Contudo, é possível se concluir que há relação de causalidade entre aviamento e clientela, pois quanto melhor aviado - ou seja, quanto melhor preparada a empresa para exercer o seu fim - tanto maior será a clientela. Esta, contudo, não parece fazer parte do aviamento em si, afinal não contribui para um melhor preparo do fundo de comércio; antes, o melhor preparo do fundo parece atrair maior clientela - seja por melhor localização, melhor organização, ou melhor produto. De qualquer forma, ambos os fatores ocupam espaço na valorização do fundo de comércio.

2.6 PONTO COMERCIAL

Habitualmente identificado como um dos bens componentes do fundo de comércio, o ponto comercial pode ser definido como o lugar para o qual se dirige a clientela. Nas palavras de Fran Martins:

Colimando o exercício das atividades profissionais, alguns empresários têm necessidade de um local adequado, no qual sejam expostas as suas mercadorias e que lhes possibilite fácil contato com o público. A esse local se chama ponto comercial.⁷⁷

A doutrina o define como bem imaterial. Assim indica Gonçalves Neto: “*O direito ao local em que se situa o estabelecimento denomina-se ponto comercial. É um bem imaterial do estabelecimento, que não se confunde com o imóvel em que ele está situado.*”⁷⁸. Acompanham Mamede, Tomazette, Requião, Gonçalves Neto e outros. Em trecho bastante representativo de tal opinião, elabora Requião:

⁷⁷ MARTINS, Fran. *Ibid.*, p. 353.

⁷⁸ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Ibid.*, p. 576.

Adotamos a lição de Tamburrino, de que alguns contratos podem ter por objeto um ou mais dos bens que fazem parte da *azienda*. É o caso do contrato de locação comercial que dá surgimento a um bem material: ponto comercial. (...) O ponto, portanto, surge ou da localização da propriedade imóvel do empresário, acrescentando-lhe valor, ou do contrato de locação do imóvel pertencente a terceiro. Nesse caso, o ponto se destaca nitidamente da propriedade, pois pertence ao empresário locatário, e constitui um bem incorpóreo do estabelecimento.

O ponto comercial seria como um atributo que pode ser trabalhado e aprimorado pelo empresário, que a ele acrescenta valor. Tal valor decorreria de dois fatores distintos: a gradual associação feita pela clientela entre determinado ponto e um serviço ou bem específico; e a boa localização de determinado ponto, frente ao volume, efetivo ou potencial, de clientes que por ele passam. Este valor, como consequência, acresceria ao do fundo de comércio.

Mamede indica ainda que o ponto comercial não seria protegido unicamente em função da clientela. Isto porque a noção de empresa envolve organização. Por meio do ponto se organizam a logística, captação e manutenção de trabalhadores, facilidades estruturais, fornecimento, etc. A perda do ponto comercial importaria, assim, uma perda de aviamento.

Assim, a proteção do ponto comercial deve ocorrer em função da possibilidade de diminuição do aviamento, o que configuraria um dano. A despeito deste fato, sua proteção expressa é reconhecida unicamente na Lei 8.245/91, que regula os contratos de locação. De qualquer modo, é certo considerar que o ordenamento jurídico lhe atribuiu importância suficiente para dedicar-lhe algum cuidado.

Em suma, a doutrina trata o ponto comercial como um bem, constituído pelo empresário no momento que instala sua empresa em determinado local físico, e que pode ser trabalhando, acumulando valor, protegido pelo ordenamento. Ocorre que esta análise do ponto comercial não parece conciliar com a teoria da empresa.

Isto porque não é possível imaginar o ponto comercial distinto do direito de propriedade a que é adjacente. Em outros termos, caso decorresse o ponto comercial da aquisição da propriedade, ou da locação do imóvel, e com eles fenecesse, sem que, em momento algum, pudesse deles ser destacado, seria de alguma utilidade supor sua existência?

Seria possível identificar em uma pessoa a posse direta do bem imóvel (decorrente ela da propriedade ou de contrato), e em outra o direito sobre o ponto comercial? Por certo que não. A doutrina não tentou, e nem seria possível, demonstrar de que forma existe o ponto comercial enquanto bem em si mesmo. Aliás, sua demonstração seria impossível mesmo enquanto bem do patrimônio do empresário, existindo apenas enquanto componente do fundo

de comércio. Então, qual seria a explicação do bem móvel denominado ponto comercial, senão um defeito em sua classificação?

Em suma, não é possível que o ponto comercial configure um bem autônomo, por violar o próprio conceito de bem. Conforme apresentado no tópico referente ao fundo de comércio, bem é tudo quanto possa ser objeto de direito. Contudo, não pode o ponto ser considerado objeto à revelia do direito de propriedade de seu dono. Conclui-se, portanto, que ou é conceito impossível ou inútil. Em ambos os casos, não pode ser considerado.

Assim, dado seu conceito, parece mais apropriado classificá-lo como um componente levado em consideração no aviamento, e não como um bem componente do fundo de comércio.

Conforme demonstrado anteriormente, da mesma forma que a expectativa acerca da empresa possa ser despertada em virtude de sua boa organização (fundo de comércio), do valor da atividade exercida (atividade empresarial) ou do respeito acerca de quem a desenvolve (empresário), creio que também possa ser estabelecida em função de sua localização.

Assim é que, por exemplo, se ao longo dos anos a clientela tem como certo que há uma padaria instalada na Avenida Brasil, nº 100, estará associado este endereço a possibilidade de aquisição de seus produtos. Este é o valor do ponto comercial, acrescido, na forma de aviamento (expectativa) ao fundo de comércio.

Desta forma, sua proteção se justifica em razão da tutela do fundo de comércio. A perda do ponto comercial implica numa diminuição de aviação, seja pela perda de referência da clientela, seja pela possível desordem da gerência dos negócios. É desnecessário, portanto, tentar qualificá-lo como um bem, que jamais poderá ser fruído *em si*.

Apesar de tal classificação jamais ter sido reconhecida pela doutrina, há diversos indício que de se tratar antes de valor do que de bem. Nas palavras de Gonçalves Neto:

O exercício do comércio durante algum tempo no mesmo local representa um valor economicamente apreciável por expressar um referencial do ramo de atividade nele desenvolvido, determinador do movimento comercial da empresa. Esse *plus valia* incorpora-se ao imóvel em que o estabelecimento está situado.⁷⁹

Novamente, sendo valor incorporado ao fundo, é melhor compreendido como componente levado em consideração para averiguar o aviamento do que como bem *si* considerado. Ainda mais clara exposição faz o mestre Mamede:

⁷⁹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Ibid.*, p. 577.

Todavia, é preciso verificar que o ponto empresarial constitui um plus à propriedade, transcendendo os direitos listados. Em fato, o acesso à freguesia, além das demais vantagens oferecidas pela localização da empresa, constituem direito próprio, parte do aviamento ou vantagem [benefício] de mercado; mesmo que se preserve a propriedade, a lesão ao direito do empresário ao ponto empresarial é fato que dá azo ao dever de indenizar. [...] Sua proteção parte da constatação de que essa localização possui relevância para a atuação empresarial e para o sucesso empresarial, compondo o benefício de mercado (*goodwill of trade*). Essa vantagem que é própria do ponto empresarial pode refletir benefícios diversos para o empresário ou sociedade empresária, a exemplo de maior movimento de pessoas com potencialidade de tornarem-se clientes, presença em área tradicionalmente dedicada àquele comércio, presença de prestígio para o bem ou serviço ofertado, logística (acesso a insumos, vias de transporte, etc.) bom relacionamento com a vizinhança, estabilidade das atividades empresárias, etc.⁸⁰

Nos trechos acima, Mamede entrega diretamente as vantagens advindas do ponto comercial ao fundo de comércio. Aparenta que sua proteção deriva antes da proteção ao fundo de comércio contra a redução de seu aviamento, do que da proteção de um terceiro direito, que não pode ser melhor explicado pela doutrina, nem possui demonstração real.

Definidos fundo de comércio, aviamento e clientela, resta buscar suas correlações dentro de um shopping center, a fim de determinar a dinâmica existente entre lojista e empreendimento.

⁸⁰ MAMEDE, Gladston. *Ibid.*, p. 294.

3 FUNDO DE COMÉRCIO EM SHOPPING CENTER

No Brasil, o estudo do shopping center foi relegado, desde seu início, apenas à relação contratual tida entre empreendedor e lojista. É necessário, contudo, estudar antes a natureza jurídica, derivada do conceito do empreendimento, bem como seus elementos característicos, que posteriormente definirá a relação entre as partes, bem como suas consequências quanto ao fundo de comércio, aviamento e clientela.

3.1 CONCEITO DE SHOPPING CENTER E HISTÓRICO

A doutrina comumente aponta que os Shopping Centers nasceram no período pós segunda guerra mundial, nos Estados Unidos. A conjunção de diversos fatores, como o aumento do poder aquisitivo da população, a expansão da indústria automobilística e a descentralização das cidades para as zonas periféricas⁸¹ são associados à esta inovação do setor varejista. Basílio aponta que as vantagens determinantes para o sucesso do modelo foram a concentração de custos com propaganda, aumento de competitividade entre lojistas, maior atração de clientes, que encontram ao mesmo tempo a oportunidade de compras e de lazer. Complemento à estes fatores ainda pode ser encontrado em Buzaid:

A variada disposição do shopping center estimula a economia de consumo, porque, dentro dessa cidade em miniatura, tudo se pode comprar sem esforço e sem sacrifício, sem pressa e sem longas locomoções. As lanchonetes, os restaurantes e os cinemas são um convite para permanecer no shopping center por largo tempo, conciliando as necessidades individuais com o lazer, especialmente para crianças, que se movem num local de máxima segurança.⁸²

De outro lado, há vantagens também com relação aos envolvidos no empreendimento, na condição de parceiros e lojistas:

o que há de fato de inovador nos shopping centers é a relação contratual que assegura a participação dos investidores no faturamento (e, portanto, nos lucros) das atividades que ali se desenvolvem. Estabelece-se uma permanente integração entre os interesses dos empreendedores do shopping center e os dos comerciantes, que constitui a base para a realização posterior dos ganhos, de produtividade, onde parcela significativa é inclusive transferida para os consumidores.⁸³

No Brasil, o primeiro Shopping Center surgiu em 1966, expandindo o modelo

⁸¹ BASILIO, João Augusto. *Shopping Centers*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 1.

⁸² BUZAID, Alfredo. "Estudo sobre Shopping Center". In *Shopping Centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência*, organizado por Fernando ALBINO DE OLIVEIRA e Roberto Wilson RENAULT PINTO. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 9.

⁸³ Geraldo Langoni *apud* ALBINO DE OLIVEIRA, Fernando., p. 65.

rapidamente. Em razão das características dos contratos firmados entre o empreendedor e os lojistas, longa foi a discussão da doutrina nacional acerca da natureza jurídica desta relação. Contudo, uma vez superada aquela, relegadas foram todas as demais discussões. À exemplo, basta citar que todas as obras relevantes sobre o tema são contemporâneas da Lei 8.245/91, que versa sobre os contratos de locação.

No direito pátrio, a legislação sobre a matéria de Shopping Centers se reduz ao artigo 54 da lei supracitada. E não há, na norma, a menor intenção de definir o que seja o objeto de regulamentação. Assim, ausente na lei, e ausente na doutrina, a própria definição da atividade desenvolvida é complexa - visto não ter sido devidamente trabalhada. As opiniões emitidas comumente se limitam às relações entre o empreendedores e lojistas.

Opinião mais apropriada acerca da atividade desenvolvida pode ser encontrada nas associações de empreendedores do ramo. Basílio utiliza em sua obra conceito extraído diretamente do ICSC - *International Council of Shopping Centers*:

O International Council of Shopping Centers definiu essa nova forma de comércio varejista como sendo **um grupo de estabelecimentos comerciais unificados arquitetonicamente e construído em terreno planejado e desenvolvido, devendo ser administrado como uma unidade operacional**, sendo o tamanho e o tipo de lojas existentes relacionados diretamente com a área de influência comercial a que esta unidade serve.⁸⁴

Desta forma, o Shopping Center é um empreendimento coordenado enquanto unidade, ou articulação orgânica, com o objetivo de prover um espaço de compras no qual possam ser encontrados diversos bens e serviços, dispostos em harmonia estética e funcional. A limitação de quais bens ou serviços varia, de acordo com seis diferentes tipos de empreendimentos identificados pela doutrina:

1) Shopping Regional - Fornece mercadorias em geral e serviços completos e variados. Suas atrações principais são âncoras tradicionais, lojas de departamento de desconto ou hipermercados. (...) 2) Shopping Comunitário - Geralmente oferece um sortimento mais amplo de vestuário e outras mercadorias. (...) 3) Shopping de Vizinhança - É projetado para fornecer conveniência na compra das necessidades do dia-a-dia dos consumidores. (...) 4) Shopping Especializado - Voltado para um mix específico de lojas de um determinado grupo de atividades, (...) 5) Outlet Center - Consiste, em sua maior parte, em lojas fabricantes vendendo suas próprias marcas com desconto, além de outros lojistas do gênero “off-price”. 6) Festival Center - Está quase sempre localizado em áreas turísticas e é basicamente voltado para atividades de lazer, tais como restaurantes, fast-food, cinemas e outras diversões.⁸⁵

⁸⁴ BASILIO, João Augusto. *Ibid.*, p. 1.

⁸⁵ BASILIO, João Augusto. *Ibid.*, p. 7.

Não há, portanto, uma fórmula que permita identificar um Shopping Center pela presença ou ausência de determinados produtos ou serviços, pois não é este o elemento que o caracteriza. Será um Shopping Center, contudo, aquele empreendimento que desenvolver um espaço de compras unificado arquitetônica, funcional e esteticamente, coordenado por um empresário que irá gerir e produzir valor com o empreendimento.

Importante constatação advinda desta afirmativa, raramente anunciada pela doutrina, é a de que o Shopping Center figura, em realidade, como uma espécie de atividade empresarial desenvolvida pelo empreendedor. Comum é a confusão, por exemplo, do empreendimento de Shopping Center com simples condomínio comercial. É necessário reconhecer, contudo, que tal atividade é única, com suas características particulares, e não se confunde com qualquer outra. E, enquanto atividade propriamente dita, é desenvolvida por um empresário, por meio de um fundo de comércio, conforme o reconheceu o próprio Buzaid:

Na ausência de subsídios que não podem ser ministrados pelo direito comum, cumpre verificar o significado de shopping center, precisando-lhe a natureza, a estrutura e as peculiaridades. **O shopping center não é um simples edifício, dividido em numerosas lojas**, com cinemas, butiques, armazéns, restaurantes, áreas de lazer, cedidas à comerciantes de atividades diversificadas. **E tampouco é uma variedade de estabelecimentos comerciais, que expõe à venda tudo ou quase tudo quanto uma pessoa possa necessitar a fim de satisfazer às suas necessidades**, comprando e levando em seu automóvel, que estaciona em lugar próprio, todas as mercadorias adquiridas. **Isto, que se apresenta em seu aspecto exterior, é apenas uma visão superficial de um fenômeno muito mais profundo**, que alterou substancialmente conceitos clássicos. **Surge aí um elemento novo, que é o empresário, o investido do shopping center, que não assume apenas as vestes de um locador de imóvel, mas de um criador de um novo fundo de comércio, cujas características ainda não foram definidas.**⁸⁶

Ora, se o empreendedor elabora um fundo de comércio para a criação de um Shopping Center, este cumpre a definição de uma atividade empresarial. Nesta linha, prossegue o mestre:

O empresário, que projeta a implantação de um shopping center, não se cinge a definir as linhas arquitetônicas do edifício, a demarcar as áreas onde se estabelecerão os comerciantes, a determinar a largura dos corredores, a funcionalidade da circulação, a distribuição racional das lojas, a contratar funcionários, a manter a ordem, o asseio e a segurança dentro e fora do edifício. A organização de um shopping center é uma atividade muito complexa, porque requer uma clara visão do empresário na escolha e seleção de unidades, no equilíbrio da competição, no esmero, na decoração e no estilo. O estabelecimento comercial, que nele se instala, há de estar em harmonia e correspondência com a alta clientela que frequenta o shopping center.⁸⁷

⁸⁶ BUZAID, Alfredo., Ibid., p. 7.

⁸⁷ BUZAID, Alfredo., Ibid., p. 7.

Portanto, dentro da definição de Shopping Center a ser formula, é necessário que esteja presente a ideia de é uma atividade empresarial, tal qual uma padaria ou uma transportadora. Reconhecendo-se este fato, mais facilmente poderão ser identificados seus elementos e as consequências dos negócios jurídicos que o envolvem. A denominação do empreendimento, que adota o estrangeirismo *Shopping Center*, possui uma relevante conexão com a atividade efetivamente desenvolvida. Em verdade, não há uma tradução satisfatória na língua pátria. Conforme aponta Nardim Lemke:

A denominação inglesa - shopping center - talvez mais charmosa do que a correspondente nacional, neste país tão afeito a estrangeirismos, é a que vem sendo usada pelos juristas em geral e poder-se-ia traduzí-la, literalmente, por “centro de compras”. Origina-se do verbo to shop, cujo significado não é simplesmente “comprar”, mas, mais precisamente, “ir às compras”, com o sentido de “ficar fazendo compras”, eventualmente sem nada comprar, eis, que simplesmente “comprar”, corresponderia ao verbo to buy. Realmente a expressão “centro comercial” não consegue traduzir esse sentido, que é próprio da língua inglesa.⁸⁸

Conforme apontado anteriormente, não é apenas a disponibilidade de determinado serviço que caracterizará o empreendimento, mas a criação de espaço apropriado para tal, *organicamente articulado*.

Outro importante elemento para a configuração do Shopping Center é a arquitetura da construção. Como o empreendimento precisa estimular a circulação de clientes, a estrutura do prédio em si será relevante para a consecução da supramencionada articulação orgânica, conforme apontado por Lemke:

Num centro comercial bem planejado, nenhuma loja abre diretamente para a rua, mas para o mall, exatamente para fazer as pessoas entrarem no Shopping e passarem pelas diversas casas comerciais, tal como acontece com o comércio de rua, aproveitando o pas de porte. Assim, por exemplo, a loja-âncora deve ficar nos fundos, obrigando seus clientes a passarem diante das outras lojas. Quando há duas lojas-âncoras, cada uma deve ficar em extremidade oposta, ligadas por uma “alameda”; se mais de duas, as alamedas devem cruzar-se no centro, de modo que as lojas menores se aproveitem do fluxo de pessoas que se dirige às lojas-âncoras.⁸⁹

Assim, um Shopping Center pode ser definido como a atividade empresarial pela qual o empresário venderá um ambiente integrado de compras e lazer, com articulação orgânica das unidades de compra, por meio de estrutura funcional, administrativa e arquitetônica.

Conceituado o objeto, resta apontar as características mais relevantes para sua

⁸⁸ LEMKE, Nardim Darcy. *Shopping Center: Questões Jurídicas e Contratuais*. 1º ed. Blumenau: Acadêmica Publicações, 1999, p. 27.

⁸⁹ LEMKE, Nardim Darcy. *Ibid.*, p. 27.

constituição.

3.2 FUNDO DE COMÉRCIO DE SHOPPING CENTER

O fundo de comércio é o complexo de bens organizado para a consecução da atividade empresarial. Neste sentido, o empreendedor de shopping center necessariamente deve constituir um fundo de comércio para a elaboração de sua atividade fim. Este fato, apesar de não ter sido analisado com profundidade, é amplamente reconhecido pela doutrina:

Todavia, o que caracteriza, também, situação peculiar do contrato, sob enfoque, é que existe, ainda, um fundo de empresa dos shopping centers, locadores. Realmente, os investidores desses centros comerciais propiciam, dentro de certos padrões de conforto, de segurança, de possibilidade de estacionar e de possuir, reunidas, lojas das mais diversificadas espécies, uma unidade, uma concentração de estabelecimentos, o que, por si, acrescenta valor local de verdadeiro fundo de empresa desses mesmos empreendedores.⁹⁰

Nas palavras do professor Caio Mário em palestra proferida em 1983 sobre o assunto:

Quanto ao aspecto fundamental da pergunta, em se diz que no shopping center há um empreendimento comum entre os usuários e o organizador, não é essa a ideia do shopping center. Ele não se forma por uma organização, os usuários e o empreendedor. O empreendedor exerce uma atividade empresarial. A organicidade dos usuários com o organizador não forma uma organização empresária.⁹¹

A constituição do fundo de comércio do shopping center deve conter os elementos mínimos necessários para a concretização de sua atividade fim. O imóvel, suas instalações e marca são pacíficos nesta composição. Porém, dada a natureza da atividade, faz-se necessária a análise de alguns elementos do empreendimento de shopping center, acidentais ou não, que produzem maior debate ou confusão.

3.2.1 Contratos com lojistas

Os créditos advindos dos contratos firmados pelo empresário constituem bens que integram seu fundo de comércio. Assim é, por exemplo, o crédito de um contrato de fornecimento. Mas relação especial é assumida pelo contrato firmado entre empreendedor de shopping center e lojistas, para ocupação dos salões comerciais.

Isto ocorre porque, simultaneamente, tais contratos são utilizados para a manutenção do

⁹⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. “Atipicidade mista do contrato de utilização de unidade em centros comerciais e seus aspectos fundamentais”. In *Shopping Centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência*, organizado por Fernando ALBINO DE OLIVEIRA e Roberto Wilson RENAULT PINTO. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 29.

⁹¹ ARRUDA, José Soares, e Carlos Augusto da SILVA LÔBO, orgs. *Shopping Centers: Aspectos Jurídicos*. 1º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 40.

empreendimento, visto que é por meio deles que o empresário auferir rendimentos, e, ao mesmo tempo constituem o modo pelo qual o shopping center provê seu ambiente integrado de compras. Como apontado anteriormente, o shopping center não se reduz à um edifício comercial, caso no qual seria mero locador. O empreendimento provê um espaço integrado de compras e lazer, com articulação orgânica de suas unidades. Assim, é necessário preencher o prédio com produtos, atividades, lazer e serviços, o que é feito pelo empresário por meio de uma “terceirização”, sem a qual, não haveria empreendimento, como aponta Ives Gandra Martins:

Ora, por essa linha de raciocínio, a primeira conclusão desse perfunctório estudo é de que a empresa ou os empresários que constroem e administram os shopping centers são detentores de um “fundo de comércio” que, todavia, só pode existir na medida em que hospede outros estabelecimentos.⁹²

Prossegue o mestre:

Desta forma, parece-me que, nos contratos mencionados, há de se considerar sua dupla estrutura, em que a locação do espaço físico é menos relevante que a cessão do “sobrefundo de comércio”, que deve ser implantado e preservado para que todos os estabelecimentos, nele instalados, dele se beneficiem”⁹³

Assim, o caráter essencial à finalidade do shopping center não é o de locar espaços, mas o de fornecer serviços. Este é o critério pelo qual se guia o empreendedor para escolher aqueles que ocuparão seus salões comerciais. Em abordagem ainda mais direta, leciona o professor Penalva Santos:

Ora, no shopping center o fenômeno permite a colocação do problema sob o seguinte ângulo: o empreendedor, ao transferir o uso da loja ou espaço, cede também a utilização de parte de seu estabelecimento, assegurando ao lojista a participação nos benefícios da sua empresa, colhendo este os frutos por ela produzidos.⁹⁴

Colocado de outra forma, o shopping center provê uma série de serviços e bens, o fazendo por meio daqueles que ocupam seus salões. Vê-se que para o shopping, em verdade, lhe é mais caro o trespasse, ou melhor, a “licença” de uso de seu fundo de comércio, do que o uso do espaço em si.

⁹² Martins, Ives Gandra da Silva. “A natureza jurídica das locações comerciais dos shopping centers”. In *Shopping Centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência*, organizado por Fernando ALBINO DE OLIVEIRA e Roberto Wilson RENAULT PINTO. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 86.

⁹³ Martins, Ives Gandra da Silva. *Ibid.*, p. 90.

⁹⁴ PENALVA SANTOS, J. A. “Regulamentação jurídica do shopping center”. In *Shopping Centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência*, organizado por Fernando ALBINO DE OLIVEIRA e Roberto Wilson RENAULT PINTO. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 105.

Malgrado o reconhecimento deste fato, a doutrina há muito se perdeu em minuciosa discussão acerca da natureza do contrato firmado entre empreendedor e lojista, sem jamais ter questionado antes a natureza do empreendimento em si. Este debate, aceso há mais de trinta anos, chegou a ser pivô de eventos frequentados pelos maiores civilistas brasileiros:

Especificamente sobre a natureza jurídica do contrato entre o *soi disant* “dono de shopping center” e o lojista, verificou-se renhida divergência entre os doutos participantes do Simpósio de 1983. Como primeiro conferencista o Prof. Caio Mário da Silva Pereira assim se posicionou, depois de historiar o processo de implantação de um shopping center, desde seu lançamento até o momento em que, terminada a construção, ele começa a operar: “Vem em seguida, o problema da cessão de uso dos salões. E aqui novamente é equacionado de várias maneiras. A meu ver - e nisso entro em divergência com prezados e eminentes colegas, a quem rendo a minha homenagem - a relação contratual entre o organizador do shopping center, ou a organização do shopping center, e o usuário é um contrato de locação. É um contrato de locação diferente, em que penetram injunções especiais, mas que não desfiguram sua essência de contrato de locação.”⁹⁵

Ao longo da história diversas opiniões foram elaboradas acerca da natureza deste contrato. Ilustres professores, como Caio Mário da Silva Pereira, João Carlos Pestana de Aguiar e Washington de Barros Monteiro defenderam a natureza locatícia; outros, como Rubens Requião, apontaram ser contrato misto; Álvaro Villaça de Azevedo e Orlando Gomes defenderam a teoria de um contrato atípico, próprio deste tipo de empreendimento; outros ainda sustentaram as teses de contratos coligados, contratos associativos, teceram comparações com contratos de consórcio, franquia e leasing, etc.

A discussão, porém, jamais avançou. Inicialmente, porque a natureza do empreendimento jamais foi questionada antes da natureza dos contratos por ele firmados. Por evidente, a primeira questão deveria ter sido debatida primeiro. Segundo, porque a em 1991 a lei 8.245, que regula as locações e imóveis urbanos, admitiu a natureza locatícia dos contratos firmados por shopping center.

Há que se render honras, porém, a figuras como o ilustre professor Orlando Gomes. Destoando das demais opiniões, foi o primeiro a indicar que a finalidade do contrato seria mais importante do que suas funções. Citando o contrato de *leasing*, aponta que o negócio, apesar de determinar o uso da coisa em troca de dinheiro, não é determinado por ele. Suas características estariam na relação jurídica verdadeiramente travada entre os contratantes, e não em sua externalização. Ao tratar sobre a questão, adverte o doutrinador:

⁹⁵ NASCIMENTO FRANCO, J. “A lei de luvas e os shopping centers”. In *Shopping Centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência*, organizado por Fernando ALBINO DE OLIVEIRA e Roberto Wilson RENAULT PINTO. São Paulo: Saraiva, 1991, p; 125.

É dever indeclinável da doutrina meditar sobre a *natureza* de novas relações jurídicas com traços exóticos, a fim de definir a sua disciplina e de sugerir ao juiz adequados critérios de julgamento. Perante modelos irredutíveis, ainda que à primeira vista, a tipos contratuais nominados, a atitude do jurista não há de ser, por inadmissível comodidade, forçar o ajustamento à peça mais parecida do equipamento negocial, mas, ao contrário, cumpre-lhe apurar se o molde para a sua fabricação se adapta à nova *facti specie* ou fato causativo de efeitos jurídicos, que serve como paradigma.⁹⁶

Ao procurar apontar o elemento relevante na relação travada entre empreendedor e lojista, denota o aluguel percentual como elemento próximo aos contratos de arrendamento.

Deve-se considerar accidental porque, ainda que útil, não interfere na configuração do elemento em si. Um shopping center não o é em razão dos contratos que firma, e sim do serviço que exerce. Assim, não poderia ser um elemento accidental, dentro de um contrato firmado pelo empresário, que configuraria a função que ele exerce. Um shopping center

A cobrança em percentual sobre o faturamento do lojista, além de mais rentável do que um valor fixo, e valiosa ferramenta na mão do empreendedor, pois permite um reajuste periódico no estudo de viabilidade do empreendimento, ou de *mix tenant*, apontando quais setores apresentam maiores problemas. Contudo, não há norma jurídica ou critério factual que impeça qualquer locador não residencial de pactuar remuneração percentual sobre os lucros auferidos pelo locatário. Assim, não poderia ser este elemento determinante na relação travada entre as partes.

Também foram defensores da teoria da atipicidade mestres como Álvaro Villaça de Azevedo e Alfredo Buzaid. Este último,

(...) Já agora, porém, enfrentando o problema da natureza dos contrato que vinculam o *shopping center* e o titular de unidade autônoma, rejeitamos desenganadamente a ideia de locação, sem qualquer desdouro em variar de opinião, sustentando que se trata, na verdade, de um contrato de estabelecimento.⁹⁷

Tal opinião parece convergir para o ponto central do debate: o lojista é chamado ao empreendimento para prover atividades do shopping center. Neste sentido, o contrato em análise se aproxima mais dos contratos de colaboração do que de locação em si.

3.2.2 Normas gerais

Parte das cláusulas pactuadas entre empreendedor e lojista tem caráter meramente

⁹⁶ GOMES, Orlando. “Traços do perfil jurídico de um shopping center”. In *Shopping Center: Aspectos Jurídicos*, organizado por Carlos Augusto da SILVEIRA LÔBO e José Soares ARRUDA, 1º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, 93.

⁹⁷ BUZAID, 1981, *apud* BASILIO, p. 24.

acidental no negócio. Sua ausência jamais teria o condão de desconfigurar a natureza do shopping center. Há contudo, uma pactuação a qual parece ser imprescindível para o empreendimento. Nas palavras de Maquiera:

Ao assinar o contrato de locação, o lojista firma obrigatoriamente uma adesão às Normas Gerais que o tutelam, de múltiplas exigências, e regulamentadoras não só da implementação locatícia, como também do funcionamento conjugado do sistema.⁹⁸

Assim, o documento denominado normas gerais aponta regras padronizadas para todo o empreendimento. Desde padrões estéticos, de propaganda, uso dos símbolos do shopping, uso das vitrines e corredores, até normas de organização, funcionamento, inspeção, etc. A adesão à este conjunto de normas é o que cria a organicidade e padronização do empreendimento, evitando que este se torne apenas um conjunto de salas comerciais de um mesmo prédio.

3.2.3 Pessoas jurídicas

Conforme apontado anteriormente, empresário é aquele que organiza a empresa última instância, com autonomia administrativa e independência financeira.

Nos empreendimento de shopping center, usualmente são utilizadas diversas “estruturas jurídicas” com a finalidade de melhor administrá-lo. Não é incomum que o estacionamento seja regido por uma pessoa jurídica, os contratos de trabalho sejam administrados por outra, uma terceira seja responsável pela relação com lojistas e uma quarta cuide das promoções do empreendimento. São, contudo, todas administradas em conjunto por um mesmo empresário.

É, por esta razão, plausível admitir-se que as diversas estruturas jurídicas (pessoas, condomínios, consórcios) não constituem, cada uma, empresas diferentes, e sim elementos de um mesmo fundo de comércio, explorado pelo empresário.

3.2.4 Tenant Mix

Como apontado, o shopping center provê um ambiente integrado de compras e lazer, o fazendo por meio de seus lojistas, divididos entre as mais diversas áreas de interesse. A escolha desses diversos serviços e produtos que comporão o shopping não ocorre ao acaso, mas depende de profundo estudo de viabilidade, denominado no mercado de *tenant mix*.

Dadas as proporções de um shopping center, seu impacto no consumo da região e a

⁹⁸ MAQUIEIRA, José da Silva. “Shopping centers - Antigas e novas apreciações”. In *Shopping Centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência*, organizado por Fernando ALBINO DE OLIVEIRA e Roberto Wilson RENAULT PINTO. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 143.

dependência da alta funcionalidade de cada um de seus componentes, o empreendedor elabora estudo de viabilidade do negócio. Tal estudo compreende desde as características dos consumidores - entre preferências e hábitos de consumo - até critérios como acessos viários - possibilidade de expansão, etc. Acerca do tema, palavra final foi dada pelo professor José da Silva Maquiera:

Com o processo de incorporação, nasce a filosofia ocupacional, através do chamado *tenant mix*, que numa tradução livre significa a combinação de diversificações comerciais, o sopesamento de ramos mercantis, de modo que o público desfrute de opções variadas, sem que falte uma especialidade, mas também sem saturamento de outras.

O empreendedor utiliza os mais diversos fatores de atração, a começar pelas denominadas lojas-âncora, por si só departamentais, capazes de assegurar um bom tráfego de consumidores. Depois, quanto aos lojistas de porte normal, preferidos são os detentores de marcas ou denominações mais conhecidas e mais acreditadas. Seguem-se as lojas de refeições variadas e com isso é formada a essência do pólo de consumo.

Por outro lado - e sempre dependendo das condições e circunstâncias da implantação - o empreendedor cria espaços de lazer, que podem traduzir-se em cinemas, áreas para brinquedos e outras fontes de entretenimento infanto-juvenil.

Em termos de infra-estrutura, completa-se o shopping center com um dos seus pressupostos mais básicos, que é o estacionamento para veículos, residindo nesse aspecto uma das suas maiores vantagens em relação ao comércio das vias públicas comuns.⁹⁹

O professor inteligentemente denominou este processo de “filosofia ocupacional”, apontando não se tratar de um modelo único de negócio, mas de uma infinidade de possibilidades, das quais o empreendedor escolhe aquela que acredita ser a melhor.

Tal estudo permite determinar quais serão suas lojas mais procuradas, e portanto aquelas que atrairão maior clientela para o empreendimento. Disto, extrai-se que a configuração do Shopping é dependente de suas lojas-âncora, que já possuem, por si, força suficiente no mercado para atrair sua clientela e, por consequência, trazê-la ao empreendimento.

Ao iniciarem o empreendimento, os investidores escolhem, cuidadosamente, o local, as chamadas “lojas-âncora”, em geral grandes estabelecimentos comerciais, que irão compor com as outras unidades conhecidas como “magnéticas” ou “satélites”, o futuro *shopping*; selecionam e distribuem os vários setores e ramos de negócio (*tenant mix*); realizam campanhas

⁹⁹ MAQUIEIRA, José da Silva. “Shopping centers - Antigas e novas apreciações”. In *Shopping Centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência*, organizado por Fernando ALBINO DE OLIVEIRA e Roberto Wilson RENAULT PINTO. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 138.

publicitárias, etc.¹⁰⁰

Conforme o professor Maqueira:

O incorporador de um shopping center aglutina tudo isso no empreendimento, primeiro com a ancoragem de grandes lojistas, depois com a seleção de comerciantes menores, porém de boa fama, e finalmente com todos os estímulos possíveis à otimização do que seria o *pas de porte*, tornando as suas galerias de trânsito tão ou mais movimentadas que as melhores ruas e avenidas.¹⁰¹

Assim, este estudo altamente especializado se configura como um bem do empresário, por representar importante ativo de seu fundo de comércio.

3.3 AVIAMENTO E CLIENTELA

Conforme apontado, a função da atividade de shopping center é prover um ambiente integrado de compras e lazer. O empreendedor o faz por meio de um fundo de comércio elaborado para este fim. Por esta razão, é possível inferir que há fundos mais ou menos preparados para a consecução de seu objetivo. Vale dizer, há fundos mais ou menos aviados. De qualquer forma, a doutrina reconhece que o shopping, ao ser arquitetado, nasce com valor próprio.

Quando os grandes centros comerciais surgem, eles já são, no mais das vezes, sucesso e se mostram como expectativa de ponto de atração. Daí, trazerem, ao nascer, valor econômico considerável, propiciando ao futuro utilizador concreta esperança de lucros. Quando o lojista se instala, ele já tem como eventuais clientes os frequentadores do shopping.¹⁰²

Ainda, segundo o professor Ives Gandra Martins:

E é exatamente tal característica fundamental que torna o shopping center entidade com fundo de comércio próprio, diverso daquele que diz respeito aos demais estabelecimentos que lá se instala. Ao destes une-se, para viabilização de uso ou de vendas, aquele “sobrefundo de comércio”, que concerne ao shopping center e que adiciona potencialidade mercantil ao complexo de lojas nele situadas. Sem essa estrutura, os estabelecimentos comerciais não teriam a dimensão que tem, razão pela qual se deve entender que o shopping center adiciona seu próprio fundo de comércio ao dos estabelecimentos lá instalados para valorizá-los.¹⁰³

Este fato também é reconhecido pelos lojistas. De início, porque o valor das

¹⁰⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Ibid.*, p. 29.

¹⁰¹ MAQUIEIRA, José da Silva. *Ibid.*, p. 150.

¹⁰² AZEVEDO, Álvaro Villaça, *Ibid.*, p. 29.

¹⁰³ SILVA MARTINS, Ives Gandra, p. 83.

contraprestações pagas nos empreendimentos deste tipo é sabidamente superior ao mercado em geral. Não houvesse outras vantagens que compensassem este investimento, não haveria razão para qualquer lojista lá se instalar. Ocorre que os shopping centers são, sabidamente, polos atrativos de clientela, dada a expectativa criada em razão da possibilidade de lá encontrar os serviços e bens que procura, em ambiente agradável, harmônico e seguro. Estes são valores pertencentes à um shopping center bem aviado, e tais valores são transferidos ao lojista que lá se instala.

De fato, esta “transferência de utilidade” que ocorre entre o shopping e lojistas é comumente remunerada, recebendo o nome de *res sperata*:

Em razão desse fundo de empresa, formado pelos empreendedores, têm os shopping centers feito incluir, nos chamados contratos de locação de suas unidades, cláusula denominada *res sperata* (“coisa esperada”), que consiste no pagamento, pela utilizadora, além do aluguel, de uma soma em dinheiro, como retribuição das vantagens de participação no centro comercial, dele usufruindo e participando de sua estrutura, enquanto durar o contrato. Desse modo, com esse pagamento, a utilizadora terá direito a fruir do aludido fundo de empresa do empreendedor, composto de seu patrimônio imaterial.¹⁰⁴

Segundo o professor Álvaro Villaça de Azevedo:

A retribuição paga pela utilizadora, em razão da *res sperata*, no momento da instalação do *shopping* ou da ocupação da unidade-loja, existe para compensar essa vantagem de não ter a utilizadora de formar, com suas próprias forças, sua clientela, seu fundo de empresa.¹⁰⁵

E conforme dita o professor Fernando Albino de Oliveira:

A cobrança dessa quantia encontra justificativa nas vantagens que a localização no interior de um shopping center proporcionará ao lojista, que são decorrência dos estudos técnicos procedidos pelo empreendedor, envolvendo pesquisas de mercado, estudos de viabilidade econômica, de projetos e de alocação do tenant mix, como forma de garantir a reserva da loja e, finalmente, como contraprestação pelo direito de participar da estrutura organizacional do shopping, desfrutando dos benefícios daí decorrentes.¹⁰⁶

A forma de melhor aviar o empreendimento se baseia no desenvolvimento das características próprias do shopping center. Em primeiro lugar, como demonstrado acima, a utilização de ferramentas que permitam a integração, harmonia, administração unificada, traduzidas no funcionamento orgânico do empreendimento. A elaboração de normas gerais, por exemplo, garante simetria e coordenação entre as lojas. A adoção de remuneração percentual

¹⁰⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça, *Ibid.*, p. 29.

¹⁰⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça, *Ibid.*, p. 30.

¹⁰⁶ ALBINO DE OLIVEIRA, Fernando, *Ibid.*, p. 67.

sobre o faturamento dos lojistas permite à administração atualizar a pesquisa de viabilidade do empreendimento, determinando quais são os setores de comércio defeituosos e quais são os mais procurados. Há, porém, ainda outros fatores que podem contribuir para esta investigação.

Em trabalho monográfico dedicado ao estudo dos shopping centers, o economista Carlos Geraldo Langoni buscou determinar quais os fatores econômicos que fornecem ao shopping center sua posição superior no mercado em atacado. O trabalho, elaborado há mais de trinta anos, ainda hoje é utilizado como referência unânime no assunto.

A conclusão do professor é de que o mecanismo primordial do shopping center se trata da internalização de externalidades positivas criadas pelos lojistas, impedindo a monopolização, garantindo diversidade, em ambiente estável. Isto ocorre por meio da transferência de clientela entre lojas.

Ao contrário, portanto, do crescimento espontâneo com base exclusiva nas tendências de mercado, que muitas vezes leva ou à concentração em algumas poucas unidades de produção ou à especialização pura e simples de atividades, o shopping center possui um mecanismo interno de auto-regulação que assegura a diversidade e impede a monopolização. [...] Nos shopping centers, os grandes magasins funcionam como “lojas-âncora”, isto é, elementos de atração para o grande público, transferindo, automaticamente para as lojas menores (“lojas magnéticas”) uma parcela significativa de seu good will e permitindo a socialização indireta de seus dispêndios em propaganda e promoção.¹⁰⁷

Esta maximização de potencialidade incrementa a atração da clientela, minimizando os custos de propaganda:

Os shopping centers viabilizam economicamente, através de esforços integrados, a participação de pequenas unidades em esquemas agressivos e modernos de divulgação, simplesmente inacessíveis através de uma ação isolada.¹⁰⁸

Como visto, o empreendimento de shopping center organiza seu fundo de comércio, por meio da melhor ocupação possível do empreendimento, aviando-o de forma a melhor atingir seu objetivo: prover um espaço integrado de compras e lazer através da articulação orgânica das unidades de compra, por meio de estrutura funcional, administrativa e arquitetônica. Desta estrutura, esteja-se falando da física - prédio, seguranças, estacionamento, ambiente climatizado (fundo de comércio) - ou da técnica - ambiente de competição controlada, maximização de potencialidades, maximização da propaganda, (aviamento) - tem-se o valor do

¹⁰⁷ LANGONI, Carlos Geraldo. “Shopping Centers no Brasil”. In Shopping Centers: Aspectos Jurídicos, organizado por José Soares ARRUDA e Carlos Augusto da SILVEIRA LÔBO, 1o ed, 56–69. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 57.

¹⁰⁸ LANGONI, Carlos Geraldo, *Ibid.*, p. 59.

shopping center, e é ela que atrai a clientela.

Nota-se que ocorrem duas relações cruzadas: o shopping precisa prover serviços e bens. O faz por meio de contratos comerciais firmados com empresas terceiras que vão ocupar os salões do empreendimento para, em seu lugar, oferecer os produtos e serviços dos clientes a seus clientes. Neste aspecto, os lojistas ocupam lugar no fundo de comércio do empreendimento, por meio dos contratos de ocupação das unidades comerciais, como foi apontado anteriormente.

Em retribuição, o shopping center provê aos lojistas duas coisas: uma clientela que busca o shopping; e uma estrutura pronta, um fator de organização altamente especializado, em razão da multiplicidade de serviços prestados e da harmonia orgânica entre eles (a evitar, por exemplo, a canibalização de clientes).

Disto pode-se afirmar que há uma relação simbiótica entre shopping e lojista. Este ocupa o lugar de elemento do fundo de comércio daquele, e aquele, ao permitir que o lojista integre seu fundo de comércio, provê parte de seu aviamento para este.

O diferencial do Shopping é proporcionar clientela; um ponto comercial, no qual está associado pela clientela a possibilidade de atingimento de denominado por Maquiera de “alavancagem operacional”¹⁰⁹

Resta ainda outro debate. Em razão de sua maior ou menor atratividade ao público, o próprio shopping center atrairá maior ou menor clientela. Contudo, há que se distinguir entre a clientela do shopping, e aquela atraída pelos lojistas em si.

A existência de clientela própria do shopping, ainda que negada por alguns doutrinadores, é majoritariamente aceita:

Na verdade, o empreendedor, ao inaugurar o shopping center por ele concebido, coloca à disposição dos lojistas uma clientela potencial, produto dos estudos preliminares, que lhe serviram de base para o seu desenvolvimento. O shopping center já nasce, ao ser inaugurado, com uma clientela própria, que usufruirá de suas lojas, de suas áreas de lazer e de seus espaços comuns.¹¹⁰

A questão que se coloca, em verdade, é quem atrai a clientela, e quais as razões:

Relembrando os exemplos da jurisprudência francesa, vale a pergunta: foi o consumidor a uma loja específica ou, indo ao shopping center, resolver comprar naquela loja? Provavelmente, jamais haverá uma resposta conclusiva, a não ser que uma completa e permanente pesquisa seja feita para indagar das motivações de compra de cada consumidor.¹¹¹

¹⁰⁹ MAQUIEIRA, José da Silva. *Ibid.*, p. 140.

¹¹⁰ RENAULT PINTO, Roberto Wilson. *Ibid.*, p. 225.

¹¹¹ ALBINO DE OLIVEIRA, Fernando, *Ibid.*, p 66.

Aponta o professor Maquiera¹¹² que, caso fosse feita tal pesquisa, sugerida por Albino de Oliveira, apontaria que a maioria dos clientes teria sido atraída pelo próprio shopping, com a intenção de nele passear e realizar compras eventuais. Tal não é suficiente, contudo, para responder a pergunta.

Deve-se lembrar do fenômeno apontado por Langoni, ao qual denominou de internalização das externalidades positivas. Em uma rua qualquer, os fatores de atração do público em geral não pertencem à qualquer empresário individualmente. A atração da clientela para aquele ponto, em virtude da grande quantidade de lojas, da rua bem pavimentada, da boa iluminação, enfim, das condições positivas para os frequentadores, não são fatores criados individualmente, nem podem ser apropriados. Por exemplo, é comum em cidades costeiras o desenvolvimento de uma área altamente valorizada à beira-mar. Nesta área nascem diversas atividades comerciais que aumentam a predisposição para ser frequentada - bares, restaurantes, lojas, casas noturnas, etc. Não há um desses empresários, contudo, que possa avocar-se a responsabilidade e os bônus por esta disposição, criada organicamente - ou espontaneamente.

Tal não ocorre em um shopping center. Nele, o empreendedor desenvolveu cada parte do empreendimento para recriar em ambiente controlado esta ordem espontânea externa. Por esta razão, aquilo que se denomina comumente de “ponto comercial”, a ele pertence. Isto porque tal corresponde àquela clientela que frequenta o empreendimento com intenção de frequentá-lo - passeia, consumindo eventualmente - o que foi denominado pela doutrina francesa de clientela *pas de porte*. Esta, pertence necessariamente ao shopping center.

Prosseguindo na análise, tem-se a forma de clientela conhecida como freguesia, denominada pela doutrina francesa de *achalandage*. O freguês desenvolve relação direta com um estabelecimento em especial, buscando nele um bem ou serviço específico. Neste caso, vê-se que parte será atribuída aos lojistas - especialmente aqueles de grande reconhecimento, denominados lojas-âncora. A loja-âncora é aquela que possui renome de tal forma grandioso que os consumidores buscam especificamente o produto ou serviço por ele produzido, infungível por outro, dadas as suas características particulares. Pode ser em razão de marca, qualidade, renome ou mesmo do bem ou serviço único. Cinemas, lojas de grife, restaurantes de renome compõe esta lista, que não é exaustiva.

Por fim, restaria a clientela, que possui relação direta com o empresário. Esta muito dificilmente seria atraída pelo shopping center. Resumindo a demonstração realizada, afirma o professor Albino de Oliveira:

¹¹² MAQUIERA, José da Silva, *Ibid.*p. 150.

Ainda me servindo da classificação do direito francês, pode-se dizer que aquela clientela de passagem, a chamada *pas de porte*, é do shopping e não do comerciante. Mesmo aquela que, no direito francês, é chamada *achalandage* pode ser dividida entre o shopping e o comerciante; restaria, assim, apenas a *clientèle*, que, esta sim, seria exclusiva do comerciante.¹¹³

Tal resolução seria suficiente, caso não ocorresse, ao longo do “desenvolvimento” da atividade de shopping center, uma espécie de círculo virtuoso. De início, admite-se que o shopping e as lojas-âncora atraem o interesse dos consumidores. Contudo, estes podem desenvolver relação pessoal com as demais lojas, “inferiores” na hierarquia do empreendimento. Se antes o shopping provia clientes para o lojista, agora o lojista passa a prover clientes para o shopping.

Problema parecido ocorrerá com lojas que se instalem em shopping centers ainda pequenas, mas sofram grande expansão. Neste caso, a dinâmica supramencionada não apenas estaria prejudicada, mas invertida: agora, a pequena loja, chamada ao empreendimento para ocupar espaço no shopping, passaria a ser chamariz dentro dele, e responsável pelo incremento de clientela das demais lojas.

Ainda mais complexa é a dinâmica que envolva relações terceiras àquela firmada entre shopping e lojista, que possuem o condão de modificar esta já complexa trama. Tal é o caso, por exemplo, das franquias. Não é possível determinar se a procura do cliente é pelo shopping, pelo franqueado ou pelo franqueador.

3.4 A QUEM PERTENCE O FUNDO DE COMÉRCIO

A relação travada entre lojista e shopping center é mais complexa do que se apresenta em um primeiro momento. A própria compreensão dos conceitos envolvidos parece dificultar o debate e atrasar uma conclusão precisa.

O empresário que exerce a atividade de shopping center estuda as condições do mercado no qual irá se inserir. Determina, à nível de porcentagem, quais são os produtos e serviços mais atrativos para aquela região, que detenham compatibilidade com o padrão de consumo. Contrata com empresários específicos, que possuam renome no mercado. Elabora no empreendimento um ambiente positivo de compras e lazer, recriando fatores que permitam, para cada uma das lojas, a internalização das positivities criadas pelas demais. Por fim, desenvolve um sistema de propaganda do empreendimento e de cada loja em seu interior, trabalhando permanentemente pela atração de clientela.

Como resultado, cria um sistema de varejo diferenciado daquele espontâneo, dos lojistas

¹¹³ ALBINO DE OLIVEIRA, Fernando, *Ibid.*, p. 66.

individuais nas ruas. Impede a canibalização de clientes entre lojistas, ao mesmo tempo que potencializa a atração de clientela para dentro do empreendimento. Conforme apontado por Carlos Geraldo Langoni, esta forma de varejo cria um efeito substitutivo, pelo qual o mercado troca o antigo produto - a forma de venda em varejo - pelo novo produto, melhor e mais atraente.

Como o empresário não possui, ele mesmo, produtos e serviços para expor nos salões comerciais do empreendimento, faz por meio dos diversos lojistas com quem contrata. Estes contratos, além de preencherem as lojas, também funcionam como forma de rendimento para o empresário.

O lojista que se instala em shopping center, em troca da quantia cobrada, das diversas limitações a que se sujeita, e da obrigação de prestar a atividade determinada, tem acesso à toda a estrutura desenvolvida pelo empresário de shopping center - a modalidade de venda em varejo competitiva, o ambiente favorável ao consumo, os funcionários, o estacionamento, enfim, a totalidade de bens afetados e bens afetados para o exercício daquela atividade empresarial. Visto por este ângulo, o shopping center é o responsável pela construção do fundo de comércio do qual o lojista se aproveita, somando o seu próprio apenas quanto ao exercício de sua atividade empresarial específica.

Esta seria uma resposta plausível para o problema. Parte do valor criado pelo shopping center é transferido para os lojistas, A clientela atraída ao shopping center consome dos lojistas. E os bens reunidos pelo shopping center são aproveitados pelos lojistas. Ocorre que a relação travada não é estática.

Com efeito, nota-se, inicialmente, que os grandes lojistas, denominados de lojas-âncoras, são peças essenciais para a instalação de um shopping center. A presença deles importa maior sucesso ao empreendimento. Frisa-se, contudo, que não são essenciais para a configuração de um shopping center - e este é exatamente o problema. Sendo dispensáveis para a configuração do shopping, lá estão para agregar-lhe valor. Por esta concepção não se deve compreender fundo de comércio, eis que se trata do conjunto de bens utilizados para o exercício da empresa. Deve-se buscar a solução desta relação nos conceitos de aviamento e clientela.

Por meio das lojas-âncora o shopping center é melhor preparado para executar sua atividade fim - fornecer um ambiente integrado de compras e lazer, com articulação orgânica de suas lojas por meio de integração estética, administrativa e arquitetônica. Assim, as lojas-âncora seriam aquelas que não apenas se aproveitam do valor criado pelo shopping, mas a ele acresceriam seu próprio.

O valor, expressado de outra forma como o melhor preparo de uma empresa para executar sua atividade fim - ou ainda, aviamento - traduz-se na prática como clientela. Compreende-se clientela como uma relação de fato, real ou potencial, entre empresário e seus consumidores.

Desta forma, na relação entre lojista e shopping center, para obter resposta à questão “a quem pertence o fundo de comércio”, deve-se determinar, inicialmente, se por fundo de comércio quer se referir ao conjunto de bens organizado para o exercício da empresa ou o valor criado pelo efetivo exercício da empresa. Como já apontado, o termo fundo de comércio é adotado pela doutrina e jurisprudência como polissêmico, o que torna o estudo da matéria complicado.

A primeira questão é de resposta simples. Apesar de que cada empresa precisa de um fundo de comércio para existir, os elementos que o compõe podem ser variados. E um lojista de shopping center mais se aproveita dos elementos disponibilizados pelo empreendedor do que cria os seus próprios. De fato, a ocupação de um salão comercial em shopping center mais parece uma cessão de fundo de comércio, por meio do qual o lojista arrenda os bens organizados pelo shopping center, para exercer sua empresa, do que uma simples locação. Escolher tratar-se de simples locação deixa em aberto a questão sobre o fundo de comércio. Por esta razão, não explica a tradição do mercado em cobrar o valor denominado de *res sperata*, por exemplo.

Ocorre que, se a resposta que se busca for para a segunda questão - quem cria o valor pelo efetivo exercício da empresa, doutrina e jurisprudência ainda não atingiram nível de sofisticação que permita resposta definitiva. Determinar quem avia a quem, ou seja, quem produz valor, pelo exercício de sua empresa, e acresce tal valor ao outro, se lojista ou shopping center, envolve pesquisas e conceitos ainda não elaborados.

Por exemplo, não há delimitação sobre o que é uma loja-âncora. O empresário do shopping center, ao contratar com cada loja, determina pessoalmente aquelas que ele entende irão lhe auxiliar a atrair clientela ao empreendimento. Então, em uma visão preliminar do assunto, tal conceito é deixado para o próprio empreendedor definir. Ocorre que, pode-se considerar a possibilidade de que determinado lojista, através do exercício de sua empresa em shopping center, desenvolva valor próprio, passando a atrair a clientela por si mesmo. Teria ele se tornado loja-âncora? Ao sair do empreendimento, teria ele direito à indenização pelo valor deixado no shopping center? Não há, no momento, ferramentas para elaborar soluções à estes problemas.

Nada obstante a dificuldade de solucionar a questão, é possível determinar, ao menos,

alguns fatores que precisam ser superados para se atingir resposta satisfatória.

3.4.1 Descompasso entre fundo de comércio e teoria de empresa

Um primeiro fator que pode ser apontado para a ausência de resposta é o descompasso entre o estudo do fundo de comércio enquanto elemento da teoria da empresa e o fundo de comércio enquanto elemento defendido pela legislação locatícia.

Como já apontado, o direito de empresa nasce na Itália, e tem como marco histórico o código civil, promulgado em 1942. Diz-se marco porque após ele, o conceito “empresa” derroga os “atos de comércio” como elemento central do microssistema empresarial. Estudos sobre cada um de seus elementos e suas relação são empreendidos durante todo o século XX. O Brasil, acompanhando o entendimento professado pela nova doutrina, inaugura sua relação com o conceito de empresa na década de 1970. O professor Sylvio Marcondes inseriu o conceito no projeto de código civil, que só viria a ser promulgado em 2002.

A integração do conceito de fundo de comércio, enquanto elemento de empresa, não parece ter evoluído longe destes marcos principais.

Contudo, sua presença na legislação locatícia é datada de 1926. Conforme apontado pelo professor Buzaid¹¹⁴, neste ano, a França inaugura a proteção do fundo de comércio nas relações locatícias, acompanhada pela Inglaterra, um ano depois. A tendência atravessa o oceano, chegando ao Brasil já em 1934.

O próprio professor Buzaid elabora relato interessante da história pro trás do Decreto-Lei 24.150/34:

A história da elaboração desse diploma legal é simples. Estava o país em 1933 sob regime ditatorial. Um grupo de lojistas do Rio de Janeiro, orientado por HERNÂNI DE CASTRO ARAÚJO, iniciou intenso movimento no sentido de obter do Governo Federal leis de proteção ao fundo de comércio. As aspirações da classe passaram a ser defendidas, pouco depois, pelo Sindicato de Lojistas. O Prof. RIBAS CARNEIRO redigiu um anteprojeto de lei, que foi entregue ao Ministro da Justiça. Prosseguiu vivamente a campanha, já então agitada não só no seio da classe, como também pela imprensa. Em outubro de 1933, o Prof. GILBERTO AMADO proferiu sobre o tema, na sede do Sindicato de Lojistas, uma conferência, que logrou notável repercussão. A diretoria do Sindicato, em reunião de 19 de outubro de 1933, decidiu nomear uma comissão, composta de HERNÂNI DE CASTRO ARAÚJO, MANUEL GOMES MACHADO JÚNIOR, JOSÉ DE FREITAS BASTOS, ARTUR PINHEIRO DE CASTILHO, JOSÉ LEÔNIDAS GASPAR DE MORAES e HUGO CARNEIRO, incumbindo-a de continuar os trabalhos. Esta comissão confiou aos Drs. JUSTO DE MORAES e JORGE FONTENELLE a preparação de um novo anteprojeto. Apresentado ao Governo, foi ouvida a Procuradoria Geral da

¹¹⁴ BUZAID, Alfredo. *Da ação renovatória e das demais ações oriundas de contrato de locação de imóveis destinados a fins comerciais*. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

República; e o projeto daqueles ilustres juristas, com pequenas modificações, se converteu no Decreto nº 24.150.¹¹⁵

Percebe-se que a discussão do fundo de comércio como elemento de empresa correu paralela à proteção do fundo de comércio nas relações locatícias. Mesmo a mais nova regulamentação do segundo, a Lei 8.245, foi promulgada em 1991, dez anos antes da adoção brasileiro ao conceito positivo de empresa.

Assim, o fundo de comércio sempre foi, no Brasil, apenas elemento a ser protegido nas relações locatícias. Digno de nota que tal proteção se debate, unicamente, no momento da renovatória - e não acerca da efetiva criação de valor pelo exercício da empresa, que flui de um mais aviado fundo de comércio. De fato, o *jus instrature* e o *jus satiandi*, como apontado por Buzaid e já descritos no presente trabalho, somente são devidos quando o locador possui efetivamente clientela - discussão relegada no direito pátrio.

Daí o relevo que se lhe atribui há séculos, desde a *intratura* medieval, e que ainda hoje perdura em países como o nosso, onde praticamente toda a teoria do fundo de comércio (assim chamado por influência das fontes francesas) vem sendo elaborada pela doutrina e pela jurisprudência, a partir da aplicação das normas do decreto n. 24.150.¹¹⁶

O mesmo já foi reconhecido por tribunais franceses, que desde a década de 1970 vem negando o direito à renovação forçada do contrato de locação em casos nos quais o locatário não agrega valor ao locador, não possuindo clientela própria:

Os tribunais franceses, por exemplo, declararam que as atividades comerciais instaladas em outros estabelecimentos não tem o direito à renovação. Bares, restaurantes e quiosques, instalados dentro de uma praça de esportes, ou então dentro de hipódromos, foram considerados como não tendo direito à renovação do contrato, por não terem, a rigor, clientela própria. Entendeu-se que esta ia ao estabelecimento comercial não pelo fato de querer frequentá-lo, mas sim para estar na praça de esportes, assistir às corridas de cavalos, e assim por diante (24.04.700, D. 1970, 381 note R-2; J.C.P. 1970.II.16489 note Bocarra).¹¹⁷

A inexistência de um debate amplo acerca da natureza e funções do fundo de comércio torna impossível o uso de alternativas amplamente exploradas por outros países, como a penhora ou empréstimo do fundo de comércio.

3.4.2 Natureza contratual em debate e ausência de lei específica sobre shopping centers

Durante a década de 1980, intenso foi o debate acerca da natureza do contrato firmado

¹¹⁵ BUZAID, Alfredo. *Ibid.*, p. 126.

¹¹⁶ BARRETO FILHO, Oscar, *Ibid.*, p. 260.

¹¹⁷ ALBINO DE OLIVEIRA, Fernando. *Ibid.*, p. 63.

entre empreendedor e lojista. Foram publicadas diversas obras, ainda relevantes, dos maiores mestres da época. Ademais, esta discussão deu a tônica à dois eventos dedicados à discussão sobre shopping centers.

Contudo, a doutrina limitou-se a atacar a questão pela metade, assemelhando-se a fábula dos cegos e o elefante. Pegando na tromba, um dizia que era uma cobra; outro, tocando nas patas, dizia ser uma coluna; um terceiro, tocando no rabo, afirmava ser uma zebra. De igual forma, parte da doutrina alegava ser contrato de locação, dado o usufruto de um bem imóvel ante remuneração; olhando para o aluguel cobrado sobre percentual do faturamento, outra parte da doutrina alegava se tratar de contrato de sociedade; olhando para as diversas obrigações suplementares assumidas pelo lojista, outra parte da doutrina entendeu se tratar de contrato mixto; outros contratos coligados; etc. Contudo, não houve esforço para, antes da natureza do contrato, firmar o que seria o shopping center em si. Foi ignorada a forma dialética de debate, procurando estabelecer o objeto de debate em através do contraste das diversas opiniões, foi relegada. No seu lugar, resistiram teorias opostas, que em nada cresceram, umas com as outras.

O *coup de grâce* veio em 1991. A Lei 8.245/91, que regula os contratos de locação, determinou em seu artigo 54:

Art. 54. Nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping center, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei.

1º O empreendedor não poderá cobrar do locatário em shopping center:

a) as despesas referidas nas alíneas a, b e d do parágrafo único do art. 22; e
b) as despesas com obras ou substituições de equipamentos, que impliquem modificar o projeto ou o memorial descritivo da data do habite - se e obras de paisagismo nas partes de uso comum.

2º As despesas cobradas do locatário devem ser previstas em orçamento, salvo casos de urgência ou força maior, devidamente demonstradas, podendo o locatário, a cada sessenta dias, por si ou entidade de classe exigir a comprovação das mesmas.

Tal dispositivo extinguiu o debate acerca da natureza jurídica do contrato firmado entre as partes. Extinguiu, não resolveu. De início, nota-se a ausência completa de cientificidade na escolha. Não há qualquer critério acerca da classificação sobre shopping center que permita sua inclusão na presente lei. Como consequência, não há solução para quaisquer outras questões envolvendo o shopping center. Dentre elas, fundo de comércio, aviamento e clientela.

A leitura do dispositivo põe em dúvida mesmo a sua interpretação corrente: diz que os contratos de locação firmados entre shopping e lojista são regulados pela lei - e não que os contratos firmados entre shopping center e lojista são de locação. Interpretações em tudo diferentes.

Ao que tudo indica, não há critério científico para a inclusão dos shopping centers na lei de locações. Em texto comemorativo aos vinte anos de promulgação da lei, o Sr. Geraldo Beire Simões, um dos autores do anteprojeto de lei, não aponta qualquer razão aparente.¹¹⁸

Igual deficiência é notada na exposição de motivos da lei:

Nas locações não residenciais, constatou-se que a atual lei estava a exigir, apenas, pequenos contornos de modernidade, sendo pouco alterada na sua essência.

Assegurou-se assim, o direito à ação renovatória às locações em Shopping Center, algo que o antigo Decreto-lei nº 24.150, elaborado no distante ano de 1934, não poderia mesmo prever. As renovatórias, apenas nestes casos, não permitirão a recusa à renovação com fundamento no uso próprio do locador, com que se evitará a rotatividade do fundo de comércio de espaço originalmente destinado à locação.¹¹⁹

Por consequência, o conceito de shopping center, e quaisquer discussões acerca de suas relações, são dificultadas. Não é por estilo lembrar que a lei não faz sequer um esforço para conceituar o objeto de regulamentação.

Há que se render homenagens aqueles que defenderam o necessário desenvolvimento de uma doutrina própria acerca dos shopping center. O professor Orlando Gomes, por exemplo, analisa a forma de retribuição pela cessão do espaço e aponta a natureza atípica do contrato firmado com lojistas. Mais recentemente, Nelson Nery identifica o contrato de cessão de espaço em shopping com um contrato do direito romano não comumente estudado:

Talvez o antecedente mais próximo ao que hoje conhecemos por *shopping* sejam as *horrea* do direito romano. [...] Por esse caminho, o *horrearius* (“guarda de celeiro”) poderia ser tanto o proprietário do edifício (...) quanto apenas locatário do complexo (...). De todo modo, proprietário ou locatário do edifício, o *horrearius* é quem procedia à disponibilização dos compartimentos individuais do *horreum* àqueles que pretendessem neles “depositar”, mediante contraprestação, suas mercadorias. [...] Esse traço negocial específico poderia ser explicado com base na causa das locações; se, por um lado, em uma locação de edifício (diga-se “normal”), o locador põe à disposição do locatário a coisa, sem mais, por outro, o *horrearuius*, ao locar os compartimentos aos clientes (*locatio horrei*), obrigava-se a oferecer aos últimos salas ou armários (enfim, compartimentos), eficientes para o atendimento de certa finalidade, bem como a zelar por essa eficiência. (...) Portanto, os *horrea* romanos apresentavam diversos pontos similares ao atual estabelecimento de *shopping center*, como por exemplo: o compartilhamento do mesmo local; o exercício de diversas atividades por pessoas distintas; a prática autorizada dessas atividades se dava a

¹¹⁸ SIMÕES, Geraldo Beire. “Elaboração, tramitação legislativa e acordos políticos da Lei nº 8.245/91.”, 21 de outubro de 2011. <http://www.mercadantesimoes.com.br/20anosleiinquilinato.pdf>.

¹¹⁹ SIMÕES, Geraldo Beire. “Elaboração, tramitação legislativa e acordos políticos da Lei nº 8.245/91.”, 21 de outubro de 2011. <http://www.mercadantesimoes.com.br/20anosleiinquilinato.pdf>, p 10.

partir do pagamento de aluguéis *locatio horrei*.¹²⁰

Contudo, é de Alfredo Buzaid a melhor contribuição para o assunto. Escrevendo em 1981, avançou mais do que todos os doutrinadores que o precederam. Defende o professor Buzaid o aluguel **do fundo de comércio, e não apenas do imóvel**. O direito real do cedente sobre um imóvel também pode ser transferido, mas apenas como um elemento do fundo - e não como objeto do contrato em si:

O comerciante pode ser proprietário do imóvel onde tem o seu estabelecimento; mas pode ser simplesmente locatário do imóvel destinado a fim comercial. No primeiro caso, se o comerciante vende o estabelecimento e dá em locação o imóvel, nenhum problema surge; mas se o comerciante vende o estabelecimento, que está instalado em prédio alugado, podem surgir dificuldades que o direito deve resolver segundo a lei ou, na ausência desta, segundo a analogia e os princípios gerais. [...] O direito ao arrendamento constitui, como observam RIPERT e ROBLOT, um elemento importante e, por vezes, o mais importante do fundo de comércio. É o local da exploração que assegura a clientela (RIPERT e ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, 1974, v. 1, p. 232). Ou, usando de nossa linguagem, consagrada pelas autoridades que se ocupam com o tema, o *ponto comercial*.¹²¹

Tivesse a doutrina debatido a opinião do mestre, o avanço seria inevitável. Contudo, o que se nota é a ausência total de referência à obra de Buzaid. A razão também é clara. Fosse possível rebatê-la, é certo que choveriam críticas. Contudo, o silêncio apenas aponta a impossibilidade de fazê-lo.

Tal opinião parece ser possível pelo estudo das anotações do professor Oscar Barreto Filho. Em sua obra, o professor discorre acerca de como funciona o aluguel de fundo de comércio na doutrina estrangeira, por meio do contrato denominado *location-gerence* no direito francês, cujo equivalente italiano é o *contratto di affitto di ramo d'azienda*. Por meio de tais contratos, ocorre a locação do fundo de comércio, de um empresário para outro. Diversas são as sugestões na obra do mestre, inclusive, que apontam a convergência do contrato em tela como contrato de arrendamento, enquanto locação de fundo de comércio, ao invés de locação de imóvel:

Não se conhece, em nosso direito, a distinção que existe, no direito italiano, ente *locação* de coisa corpórea e *arrendamento* (*affitto*) de bem produtivo (móvel ou imóvel), que se caracteriza pela obrigação de o arrendatário cuidar da gestão da coisa de acordo com sua destinação econômica e o interesse da produção (código civil italiano, art. 1.615). [...] Não pode o usufrutuário ou arrendatário modificar a substância da coisa – no caso, a identidade do estabelecimento. [...] Não é preciso que a cessão da locação imobiliária se

¹²⁰ NERY JUNIOR, Nelson, e Georges ABBOD. *Ibid.*, p. 120.

¹²¹ BUZAID, Alfredo. *Ibid.*, p. 656.

consubstancie num negócio jurídico *autônomo*, porque é consequência do exercício da atividade comercial no mesmo local; (...) [...] Hipótese bem diversa das duas anteriores é a do arrendamento do estabelecimento já organizado e em funcionamento, do qual o imóvel constitui *um* dos elementos que formam o complexo unitário, exercendo, portanto, função instrumental em relação à exploração preexistente no local. Neste caso, o arrendatário não cria o super-valor que se espelha no aviamento; mas tem a obrigação de continuar a exploração, de modo a conservar íntegro esse valor e impedir a perda ou dispersão da clientela. [...] Repousa o instituto na concepção de que o fundo de comércio é um bem, objeto de proprietário, permitindo, mediante a locação, o desmembramento entre a propriedade do fundo e a sua exploração.¹²²

Desta forma, a displicência da doutrina, tribunais e até mesmo do legislador, ao definir a natureza do contrato firmado entre lojista e shopping parece ter atrasado a discussão acerca do fundo de comércio. Ainda, o aparente equívoco cometido em 1991 apenas reforçou o ostracismo do estudo acerca do fundo de comércio enquanto matéria locatícia - em especial, como matéria de renovação forçada do contrato.

Já é passada a hora da positivação de regras sobre o assunto, a fim de criar, ao menos, normas supletivas aplicáveis aos contratos. Compreensível, porém, sua demora. Em evento promovido no ano de 1983 pela Associação Bras, assim se manifestou o professor Caio Mário:

Cogita-se - e é minha última palavra a respeito desse assunto - no momento, de propor a elaboração de uma lei que regule o shopping center. Não sou contrário à atividade legislativa, mas sou contrário à oportunidade de um projeto de lei dessa natureza nesse momento. Há determinados setores de atividade que se acham no cadinho de um tumulto de que está impregnado o Poder Legislativo. Os próprios membros do Congresso proclamam, a todo momento, a necessidade de auto-afirmação, de proclamarem sua independência, e, nesse momento, um projeto de lei pode sofrer as influências de um conflito de interesses que venha deformá-lo, em vez de melhorá-lo.¹²³

3.4.3 Razões para impossibilidade do debate

Conforme apontado acima, o descompasso entre o fundo de comércio enquanto elemento de empresa e aquele estudado pelas relações locatícias parece ter atrasado a compreensão acerca da natureza e das reais relações do instituto. A assunção do termo como “aviamento”, por parte dos doutrinadores, quando tratam de relações locatícias, apenas veio a prejudicar os dois conceitos. Ademais, levou o estudo do fundo de comércio, enquanto elemento da teoria da empresa, ficar unicamente vinculado às relações locatícias. Por

¹²² BARRETO FILHO, Oscar, *Ibid*, p. 258.

¹²³ ARRUDA, José Soares, e Carlos Augusto da SILVEIRA LÔBO, orgs. *Shopping Centers: Aspectos Jurídicos*. 1º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p 18.

consequência, não há estudos mais aprofundados acerca da matéria.

Mesmo com relação ao direito locatício, a doutrina parece jamais ter se questionado acerca de que forma a clientela é atraída, ou mesmo como funciona o aviamento de uma empresa.

A inspiração locatícia no estudo do fundo de comércio com toda a certeza inspirou os doutrinadores a procurarem na locação imobiliária o objeto do contrato firmado entre lojista e shopping center. Por consequência, a Lei 8.245/91 parece prever esta relação, dando aparente resposta ao problema. Contudo, a estrutura da Lei de Locações apenas abafou qualquer debate, que poderia haver, além silenciar a discussão acerca da natureza jurídica do contrato firmado entre lojista e shopping center.

Soma-se a isto, a inexistência de lei que regule os shopping centers – identificando elementos essenciais, condições de existência, por exemplo. Também não há discussão doutrinária acerca do conceito de loja âncora, que permita identificar quais lojas seriam essenciais ao shopping center, e quais dele se aproveitam, ainda que em análise primária.

Por estas razões, o ordenamento aparenta não ter solução para a questão “a quem pertence o valor produzido na relação negocial de shoppings centers.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia se propôs a analisar a relação tida entre empresário de shopping center e os lojistas que nele se instalam. Por seu objetivo, visava constatar a quem pertence o fundo de comércio originado do exercício das empresas envolvidas. A atividade foi empreendida através da técnica monográfica e da exposição dialética dos fatos constatados, bem como das opiniões professadas pela doutrina especializada.

Por conclusão, tem-se confirmada a hipótese de não ser possível, no momento, identificar corretamente “a quem pertence o fundo de comércio” na relação objeto do presente estudo. Vale dizer, não é possível determinar de que forma as empresas se auxiliam, a ponto de poder-se afirmar qual se aproveita mais da outra.

O estudo elaborado no primeiro capítulo permitiu identificar os limites conceituais entre fundo de comércio, aviamento e clientela. De igual forma, foi possível perceber as discrepâncias produzidas pela própria doutrina que, por vezes, se recusa a distinguir os conceitos, quando não os aplica metonimicamente, trocando a causa por seu efeito e vice-versa. De fato, o conceito de fundo de comércio é aprofundado no Brasil por meio do estudo das relações locatícias, e não através da teoria de empresa. Contudo, o estudo das relações locatícias toma o termo, do original em francês *fond de commerce*, como sinônimo do que a teoria de empresa trata como aviamento e clientela. A constatação de Buzaid acerca do *jus instratura* e do *jus stantiandi* apenas demonstra que é a efetiva atração de clientela que é deve ser protegida pela lei - o que difere em muito do conceito de fundo de comércio trazido pela teoria de empresa. A ausência desta distinção pela doutrina parece ser uma causa da dificuldade no tratamento da matéria.

Acerca do aviamento, domina a opinião de Oscar Barreto Filho, de que se trata de qualidade decorrente do fundo de comércio - a qualidade de estar mais ou menos preparado para o exercício da empresa. Tal qualidade somente existe durante o exercício da empresa. O conjunto de bens, em si, nem é aviado, nem possui clientela. Quanto mais aviado, ou seja, quanto melhor preparado, tanto melhor será considerado. De igual forma, quanto mais preparado, tanto mais clientela poderá atrair. A clientela, por sua vez, é uma relação de fato entre o empresário e seus consumidores. Pode se dar em razão de preferência pela figura do empresário; pela preferência ao seus produtos; ou mesmo ser casual, em razão de sua localização.

Já no segundo capítulo, definiu-se o shopping center enquanto atividade empresarial e, como tal, desenvolvida por um empresário por meio de um fundo de comércio. Enquanto

atividade empresarial, visa fornecer um ambiente integrado de compras e lazer, por meio da articulação orgânica de lojas, realizada pela integração estética, administrativa e arquitetônica. Como tal atividade deve ser exercida por meio de um fundo de comércio, conclui-se que as diversas lojas que ocupam seus salões comerciais dele fazem parte.

Por outro lado, descobriu-se que o shopping center, a fim de aviar-se, procura criar ambiente positivo para as compras, por meio de estudos de padrões de consumo, viabilidade, definindo a “filosofia de ocupação”, conhecida no ramo como *tenant mix*. Recria, por meio deste trabalho, local de interesse, ou ponto de comércio espontâneo. Esta organização é então repassada para o lojista, que se utiliza dos fatores criados pelo shopping center, internalizando as externalidades positivas criadas.

Da perspectiva da clientela, concluiu-se que a chamada *pas de porte* pelo direito francês é atraída ao shopping center *pelo shopping center*. A freguesia, atraída pelo produto, pode pertencer tanto ao shopping como ao lojista. Apenas a figura do cliente, enquanto categoria, é que dificilmente poderá ser vinculada ao shopping, por decorrer de relação direta de preferência do consumidor pelo empresário.

A análise do contrato firmado entre shopping center e lojista, já com a ótica da relação entabulada acima, aponta aparente equívoco na doutrina majoritária nacional. O contrato parece visar mais a locação de parte do fundo de comércio desenvolvido pelo shopping do que apenas a sala comercial. Para que ocorra a transferência de aviamento e clientela, ou seja, para que o lojista se aproveite da estrutura criada pelo shopping, deve utilizar o fundo de comércio que está aviado porque, conforme apontado acima, o bem em si, ausente o exercício da empresa, não possui clientela, nem está aviado (preparado) para nada. Desta forma, a interpretação do contrato firmado pelas partes como de locação imobiliária silencia a discussão acerca do fundo de comércio, sem resolvê-la. Por esta razão, por exemplo, não é incomum o lojista de shopping center pactuar tanto a locação quanto um segundo negócio, pelo qual “adquire” o que é usualmente denominado de *res sperata*.

Se tal discussão efervesceu ao longo dos anos 1980, foi extirpada com a Lei 8.245/91, que regulou as relações locatícias no direito brasileiro, sem, contudo, resolver a questão da presente monografia. Ao tratar da relação entre lojista e shopping center, ignorou a parte central da relação negocial - o fundo de comércio, o aviamento e a clientela.

Finalmente, no terceiro capítulo, realizou-se a análise da relação shopping center e lojista com base na teoria de empresa, concluindo-se que é possível determinar os limites do fundo de comércio de cada empresa envolvida. Desde que tal análise parta da teoria de

empresa. Sob esta ótica, seria possível determinar, inclusive, de que forma cada contratante se aproveita do outro.

Contudo, em se tratando do aviamento e clientela, elementos entendidos como fundo de comércio para o estudo das relações locatícias, o ordenamento jurídico brasileiro não está preparado para fornecer resposta segura. Seja em razão: *i)* do descompasso entre os conceitos estudados, cuja diferença é ignorada pela doutrina; *ii)* da complexidade das relações fáticas travadas entre as partes, em decorrência da dinâmica do exercício empresarial; *iii)* da inexistência de lei que regule, ao menos supletivamente, o assunto; ou mesmo *iv)* diante da má interpretação legal e doutrinária do contrato firmado entre as partes, que obriga a simplificar a questão em termos insuficientes para respondê-la; não é possível determinar seguramente, no momento, quem se aproveita do nível de organização de quem na relação travada entre shopping center e lojista. Dito de outra forma, não é possível determinar quem avia a quem, e a quem pertence à clientela.

REFERÊNCIAS

AGUIAR SILVA, João Carlos Pestana de. “Anotações sobre o mundo jurídico dos shopping centers”. In *Shopping Centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência*, organizado por Fernando ALBINO DE OLIVEIRA e Roberto Wilson RENAULT PINTO. São Paulo: Saraiva, 1991.

ALBINO DE OLIVEIRA, Fernando. “Fundo de Comércio em shopping center”. In *Shopping Centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência*, organizado por Fernando ALBINO DE OLIVEIRA e Roberto Wilson RENAULT PINTO. São Paulo: Saraiva, 1991.

ARRUDA, José Soares, e Carlos Augusto da SILVEIRA LÔBO, orgs. *Shopping Centers: Aspectos Jurídicos*. 1º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

ASCARELI, Tullio. *Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil*. Barcelona: Bosch, 1964, apud NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial & de Empresa*. 7º ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

ASQUINI, Alberto. “Profili dell’Impresa”. *Rivista del Diritto Commerciale* 41 (1943), apud, NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial & de Empresa*. 7º ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. “Atipicidade mista do contrato de utilização de unidade em centros comerciais e seus aspectos fundamentais”. In *Shopping Centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência*, organizado por Fernando ALBINO DE OLIVEIRA e Roberto Wilson RENAULT PINTO. São Paulo: Saraiva, 1991.

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial: Fundo de Comércio ou Fazenda Mercantil*. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BASILIO, João Augusto. *Shopping Centers*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BULGARELLI, Waldírio. *Tratado de Direito Empresarial*. 2º ed. São Paulo: Atlas, 1995, apud NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial & de Empresa*. 7º ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUZAID, Alfredo. *Da ação renovatória e das demais ações oriundas de contrato de locação de imóveis destinados a fins comerciais*. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

———. “Estudo sobre Shopping Center”. In *Shopping Centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência*, organizado por Fernando ALBINO DE OLIVEIRA e Roberto Wilson RENAULT PINTO. São Paulo: Saraiva, 1991.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*. 2º ed. Vol. V. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935.

———. *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*. 2º ed. Vol. VI, primeira parte. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935.

———. *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*. 2º ed. Vol. VI, segunda parte. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935.

CUNHA GONÇALVES, Luis. *Tratado de Direito Civil*. 1º ed. Vol. I. Max Limonad, [s.d.], *apud* RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 3º ed. Vol. 2. Revista dos Tribunais, [s.d.].

ESPÍNOLA, Eduardo. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. I. Conquista, [s.d.], *apud*, RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 3º ed. Vol. 2. Revista dos Tribunais, [s.d.].

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.], *apud*, REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 27º ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

———. “Traços do perfil jurídico de um shopping center”. In *Shopping Center: Aspectos Jurídicos*, organizado por Carlos Augusto da SILVEIRA LÔBO e José Soares ARRUDA, 1º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

KARPAT, Ladislau. *Shopping Centers: Manual Jurídico*. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LANGONI, Carlos Geraldo. “Shopping Centers no Brasil”. In *Shopping Centers: Aspectos Jurídicos*, organizado por José Soares ARRUDA e Carlos Augusto da SILVEIRA LÔBO, 1º ed, 56–69. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

LEMKE, Nardim Darcy. *Shopping Center: Questões Jurídicas e Contratuais*. 1º ed. Blumenau: Acadêmica Publicações, 1999.

MAMEDE, Gladston. *Empresa e Atuação Empresarial*. 4º ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MAQUIEIRA, José da Silva. “Shopping centers - Antigas e novas apreciações”. In *Shopping Centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência*, organizado por Fernando ALBINO DE OLIVEIRA e Roberto Wilson RENAULT PINTO. São Paulo: Saraiva, 1991.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 35º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

Martins, Ives Gandra da Silva. “A natureza jurídica das locações comerciais dos shopping centers”. In *Shopping Centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência*, organizado por Fernando ALBINO DE OLIVEIRA e Roberto Wilson RENAULT PINTO. São Paulo: Saraiva, 1991.

NASCIMENTO FRANCO, J. “A lei de luvas e os shopping centers”. In *Shopping Centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência*, organizado por Fernando ALBINO DE OLIVEIRA e Roberto Wilson RENAULT PINTO. São Paulo: Saraiva, 1991.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial & de Empresa*. 7º ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson, e Georges ABBOUD. “A aplicação da boa-fé nos contratos de shopping center. A questão da res sperata”. *Revista de Direito Privado* 62 ([s.d.]).

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Direito Empresarial: à Luz do Novo Código Civil*. Campinas: LZN, 2003.

PENALVA SANTOS, J. A. “Regulamentação jurídica do shopping center”. In *Shopping Centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência*, organizado por Fernando ALBINO DE OLIVEIRA e Roberto Wilson RENAULT PINTO. São Paulo: Saraiva, 1991.

RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 3º ed. Vol. 2. Revista dos Tribunais, [s.d.].

RENAULT PINTO, Roberto Wilson. “O fundo de comércio dos shopping centers e o Decreto nº 24.150/34”. In *Shopping Centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência*, organizado por Fernando ALBINO DE OLIVEIRA e Roberto Wilson RENAULT PINTO. São Paulo: Saraiva, 1991.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 27º ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SÁ, Antônio Lopez de. *Fundo de Comércio, Avaliação de Capital e Ativo Intangível: Doutrina e Prática*. 2º ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SARMENTO, Walney Moraes. *Fundamentos de Direito Empresarial*. 1º ed. Salvador: Qualidade Jurídica, 2012.

SAY, Jean-Baptiste. *Tratado de economia política*. Os economistas. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SIMÕES, Geraldo Beire. “Elaboração, tramitação legislativa e acordos políticos da Lei nº 8.245/91.”, 21 de outubro de 2011. <http://www.mercadantesimoes.com.br/20anosleiinquilinato.pdf>.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário*. 5º ed. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2013.